

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
DONATIONS ENTRE-VIFS

EN

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

Présentée et soutenue le samedi 22 décembre 1900, à 2 h. 1/2

PAR

THÉODORE MISSIR

Président : M. PILLET.

Suffragants : $\left\{ \begin{array}{l} \text{MM. LAINÉ,} \\ \text{CHÉNON,} \end{array} \right\} \text{ professeurs.}$

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1900

THÈSE
POUR LE DOCTORAT

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

UNIVERSITÉ DE PARIS. — FACULTÉ DE DROIT

DES
DONATIONS ENTRE-VIFS

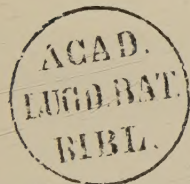
EN

DROIT INTERNATIONAL PRIVÉ

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera soutenu le samedi 22 décembre 1900, à 2 h. 1/2



PAR

THÉODORE MISSIR

Président : M. PILLET.

Suffragants : { MM. LAINÉ,
CHÉNON, } *professeurs.*

PARIS

LIBRAIRIE NOUVELLE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

ARTHUR ROUSSEAU, ÉDITEUR

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13

1900

INTRODUCTION

I

Dans ce travail, ainsi que son titre l'indique, nous nous proposons d'envisager les donations entre vifs au point de vue du droit international privé ; mais, comme il ne nous serait pas possible, dans le cadre d'une thèse de doctorat, d'épuiser toute la matière, nous restreindrons nos recherches aux donations entre vifs considérées en elles-mêmes, c'est-à-dire aux conditions essentielles que la loi exige pour leur validité et aux effets qu'elles produisent ; pour chacune de ces conditions, nous rechercherons et nous tâcherons de résoudre les conflits qui peuvent naître entre les législations modernes à raison de leur diversité.

Dès le début de cette étude, nous sommes obligé de constater que la matière des donations entre vifs ne paraît guère en faveur auprès des jurisconsultes internationalistes ; en effet, parmi les ouvrages de droit international privé que nous avons pu consulter, il en est peu qui traitent des donations d'une façon spéciale. Cette indifférence peut s'expliquer par ce fait que les anciens jurisconsultes étudiaient eux-mêmes rarement ce sujet ; mais elle ne nous paraît pas justifiée, car les donations sont fréquentes dans la pratique, ainsi que le montrent les nombreuses décisions rassemblées dans les différents recueils judiciaires. La matière est donc des plus pratiques et, à ce titre, elle nous a paru mériter un examen spécial.

Une autre considération beaucoup plus importante détermine encore notre choix. On verra, au cours de cette étude, que la jurisprudence française a fait de l'assimilation du régime international des donations à celui de la succession légale le principe général de solution de tous les conflits de lois que comporte notre matière, sauf quelques rares exceptions touchant la forme. Cette façon de voir est aussi celle de quelques jurisconsultes autorisés. Ils paraissent n'envisager les donations que d'un seul côté, au point de vue de leur objet ; or, les donations ont une nature mixte qui touche à deux ordres de rapports juridiques : si, par leur objet, elles influent sur la distribution des patrimoines, par leur nature elles sont des contrats et rentrent dans le domaine de l'autonomie des parties contractantes. Les auteurs et la jurisprudence ont, à nos yeux, le grave tort de ne se préoccuper que de l'influence des donations sur la dévolution légale des biens ne s'arrêtant que peu ou presque pas au caractère contractuel de la donation qui, cependant, à notre avis, doit prévaloir.

M. Brocher (*Cours de Dr. int. privé*, t. II, p. 2) est celui des jurisconsultes modernes qui affirme le plus nettement que les donations doivent rentrer dans la même loi que la succession légale. Nous citerons un passage de son ouvrage pour mieux faire ressortir ses idées. « Les antécédents historiques et les textes du droit positif français nous montrent la succession légale comme constituant l'évolution la plus normale de la transmission héréditaire des biens ; les dispositions à titre gratuit y ont nature d'exceptions autorisées et d'accessoires plus ou moins complexes. Il en résulte comme une sorte de hiérarchie entre les deux sujets ; la loi régulatrice des principes

prépondérants est, naturellement, appelée à fixer les conditions auxquelles on pourra déroger aux règles édictées par elles. De tels rapports semblent conduire à réunir les deux sujets sous une même compétence. Il paraît difficile de les séparer; ce qui prédomine dans le principal ne saurait être sans importance dans l'accessoire et dans l'exception. » M. Brocher considère donc les dispositions à titre gratuit et par conséquent les donations entre vifs comme des exceptions à la succession légale.

Nous retrouvons la même idée chez Laurent (*Dr. civ. int.*, t. VI, p. 332). Si, à la vérité, il n'est pas aussi catégorique que M. Brocher, si, dans les solutions qu'il donne, il admet plus facilement, en certains cas, la compétence d'une autre loi que la loi successorale, il affirme cependant que les donations entre vifs sont des exceptions à la succession légale. « Mais aussi, dit-il, en permettant à l'homme de tester, la loi entend que ce droit soit exercé avec intelligence et dans un but équitable. La succession *ab intestat* répond généralement aux vues raisonnables du défunt; toutefois il peut se faire que, dans des cas particuliers, la règle générale doive souffrir une exception; c'est pour ces circonstances exceptionnelles que le législateur permet au testateur de corriger la loi, qui ne peut pas prévoir les cas individuels. » L'auteur ne parle dans ce passage que du testament, mais il ajoute que tout ce qu'il dit du testament s'applique à la donation entre vifs.

Nous ne croyons pas qu'on puisse considérer les donations entre vifs comme des exceptions à la succession légale; en effet, la donation est un mode de disposer à titre particulier, tandis que la succession *ab intestat* est une distribution légale de l'universalité du patrimoine du *de cuius*. Les biens une fois donnés ne font plus partie du

patrimoine du donateur, ils en sont définitivement sortis par sa volonté ; en règle générale au contraire, la transmission par voie de succession légale ne peut avoir pour objet que les biens de l'hérédité, c'est-à-dire ceux dont le défunt était propriétaire au moment du décès. L'exception nous semble donc consister, non pas en ce que le défunt a fait sortir par l'effet d'une donation quelques biens de son patrimoine, mais justement en ce que l'on comprend dans l'hérédité des biens qui n'en font plus partie, au moyen de la réduction des donations qui excède la quotité disponible.

Le droit de disposer est un droit inhérent à la propriété : que deviendrait donc la liberté du propriétaire, s'il fallait considérer le droit de disposer comme une exception ?

Il est vrai que, dans l'ancien droit, la succession testamentaire était considérée comme une exception à la succession légale car on y trouve cet adage : « Dieu seul peut faire un héritier, l'homme ne le peut » ; mais cette maxime, ne visant que les successions testamentaires, ne pouvait avoir pour effet de limiter le droit de disposer entre vifs ; ce droit n'était pas considéré comme une exception, et nous croyons que c'est précisément pour empêcher le *de cuius* de faire par donation ce qu'il ne pouvait faire par testament que l'ancien droit a entouré les donateurs de formes compliquées, de conditions plus rigoureuses, afin de les rendre plus rares.

Le Code civil (art. 967) permet au *de cuius* d'instituer des héritiers et en principe (à moins qu'il ne laisse des héritiers réservataires) ce droit ne souffre aucune restriction ; si le législateur s'est montré à ce point de vue plus large que l'ancien droit, n'est-ce point là la preuve qu'il n'a pas entendu considérer le droit de disposer

comme une exception, qu'il l'a regardé, au contraire, comme inhérent à la propriété.

S'il en est ainsi, si le droit de donner entre vifs est primordial, comment en considérer les manifestations, c'est-à-dire les donations, comme des exceptions à la succession légale qui d'ailleurs en est une elle-même, puisque les auteurs reconnaissent qu'elle est basée sur une interprétation de la volonté probable du défunt ?

Ces divers motifs nous paraissent trop sérieux pour que nous ne nous séparions pas des jurisconsultes que nous avons cités. Ce qui doit prédominer, à notre avis, dans la solution des conflits de lois, c'est la nature contractuelle de la donation, dont la jurisprudence française a tort de ne tenir aucun compte.

Le Code civil français, ainsi que quelques codes étrangers qui s'en sont inspirés, qualifie la donation entre vifs d'*acte*. A ne prendre cette expression que dans son acception générale, correspondant au mot latin *instrumentum*, il est incontestable que toute donation est un acte, en ce sens qu'elle doit être constatée par un écrit assujéti à certaines formes particulières. Mais ce n'est pas dans ce sens que le législateur a entendu ici le mot *acte* ; il a voulu l'opposer au mot *contrat*.

Le projet du Code soumis au Conseil d'État, d'accord sur ce point avec la doctrine des jurisconsultes les plus remarquables, tels que Ricard (*Donations*, I^{re} partie, n^{os} 835, 846) et Pothier (*Introduction à la coutume d'Orléans*, titre XV, n^{os} 1 à 4) avait d'abord défini la donation un *contrat* ; mais, sur l'observation du Premier Consul, que le contrat impose des charges mutuelles aux deux contractants, et que la donation ne peut pas être considérée comme

telle parce qu'elle n'engendre d'obligations que de la part du donateur, Maleville présenta un projet d'article dans lequel la donation était qualifiée d'*acte*, et c'est ce projet qui fut voté.

Les critiques du Premier Consul n'étaient pas fondées. Tout d'abord, en fait, souvent l'élément synallagmatique se rencontre dans les donations ; en second lieu, cet élément n'étant que de la nature et non de l'essence même des contrats, son absence ne peut pas être une raison suffisante pour refuser aux donations le caractère de contrat, surtout si l'on considère que le Code civil français (art. 1103) reconnaît l'existence des contrats unilatéraux.

En effet, quand on examine la nature de la donation, qu'on remarque qu'elle ne peut se former sans le concours de deux volontés, qu'elle n'est parfaite que par le consentement réciproque des deux parties, on ne peut pas méconnaître qu'elle présente tous les caractères essentiels des contrats.

Aussi est-ce ce caractère contractuel de la donation qui sera la base de notre travail ; partant de l'idée, que la donation est un contrat et non un acte, nous ferons découler les règles qui doivent la régir en droit international privé des principes qui régissent les contrats en droit international ; nous ne nous préoccuperons pas de ceux de la loi successorale, puisque, à notre avis, ils sont indifférents en la matière.

Notre travail sera divisé en sept chapitres ; dans les trois premiers, nous traiterons des conditions de validité des donations, c'est-à-dire de la capacité de donner entre vifs, des formes des donations et du principe de leur irrévocabilité ; dans le quatrième, nous examinerons les modalités, dans le cinquième les causes de révocation ; nous con

sacrerons le sixième à l'institution contractuelle comme exception à la règle « donner et retenir ne vaut » ; enfin, dans le septième nous nous occuperons des donations entre époux pendant le mariage : ce dernier chapitre nous retiendra plus longtemps, d'abord parce que les donations entre époux sont les plus fréquentes dans la pratique, ensuite parce que les dispositions des législations modernes nous ont semblé les plus contradictoires sur ce point, ce qui donne naissance à un grand nombre de conflits de lois. C'est aussi dans ce chapitre que nous exposerons les doctrines des anciens auteurs, nous conformant ainsi à leur méthode traditionnelle, car ils ne se sont préoccupés en général que du statut des donations entre époux, laissant de côté la théorie plus large des donations.

II

Toutefois, avant de passer à l'étude même de notre sujet, nous croyons utile de nous prononcer entre les diverses théories émises pour arriver à la solution des conflits de lois ; cela nous paraît indispensable, car comment prétendre résoudre des conflits, si l'on n'a pas opté pour un critérium général qui servira de guide à travers toutes les difficultés de la matière et permettra de ramener toutes les solutions d'espèces à un principe général.

La théorie à laquelle nous ferons appel est celle que M. A. Pillet a exposée dans le *Journal de Droit international privé* (années 1894, 1895 et 1896) ; la voici brièvement résumée.

Son principe essentiel, c'est qu'il convient de se reporter au *but social* poursuivi par la loi pour décider si elle est territoriale ou extra-territoriale ; mais, avant de formu-

ler ce principe, l'auteur a donné certaines propositions préalables qu'il faut rappeler sous peine de ne pas rendre exactement sa pensée.

M. Pillet part de la règle suivante : *les lois par leur nature sont à la fois territoriales et extra-territoriales*. C'est en étudiant la loi en elle-même, comme un ordre du souverain à son sujet, en faisant abstraction de son contenu et de son objet qu'on arrive à cette conclusion. Elle découle de ses deux attributs essentiels : la *généralité* et la *continuité*.

La *généralité* est ce caractère de la loi en vertu duquel « lorsqu'une loi est faite pour une certaine catégorie de personnes, elle doit s'appliquer à toutes celles qui, comprises dans cette catégorie, sont trouvées sur le territoire du législateur qui l'a promulguée » ; c'est ce que M. Pillet appelle la *généralité subjective*. Elle s'impose comme condition de l'existence de l'ordre dans les rapports privés des citoyens.

La *continuité* est ce second attribut de la loi en vertu duquel « il faut qu'une loi soit sans cesse exécutée et obéie du jour où elle a été promulguée jusqu'à celui auquel elle est abrogée » ; car « si la loi n'opérait que par intervalles, si son autorité devait subir des périodes d'énervement et de paralysie, mieux vaudrait ne pas encombrer d'un texte inutile le recueil des décisions de l'autorité ». Si maintenant nous voulons traduire ces deux caractères de la loi en droit international privé, nous arrivons à cette conclusion : la généralité de la loi implique sa territorialité ; la continuité de la loi, son extra-territorialité.

La généralité subjective de la loi implique la territorialité, car, pour qu'il y ait un ordre, nécessaire au bon fonc-

tionnement de la société, il faut que toutes les personnes qui se trouvent dans le sein de cette société, se soumettent aux dispositions édictées par ses lois.

La continuité de la loi implique son extra-territorialité, car, pour qu'une loi soit continue, il faut qu'elle s'applique à la personne visée par ses dispositions partout où elle se trouve ; il ne faut pas que le sujet d'une loi puisse en interrompre l'effet en sortant de son territoire.

Mais, dans le commerce international, si les lois de chaque État produisaient librement leur effet naturel, tout individu résidant hors de sa patrie serait soumis à l'action concurrente de deux législations ; il est donc impossible de conserver aux lois, dans le domaine international, ce double caractère, sinon on rendrait insolubles les conflits entre législations différentes.

Pour établir l'harmonie, dit M. Pillet, entre les actions opposées des diverses législations « il faut sacrifier une partie de l'effet naturel et utile de la loi ». Il faut, dans chaque cas, faire prévaloir celui des deux caractères qui importe le plus à l'effet social de la loi et sacrifier celui qui importe le moins à ce même effet.

Mais dans quelle mesure faut-il préférer l'extra-territorialité et dans quelle mesure la territorialité comme principe de solution des conflits de lois ? L'auteur répond à cette question : « Il faut découvrir un principe tel qu'il conserve à chaque loi son maximum d'effet utile. »

Mais la territorialité et l'extra-territorialité ne pouvant et ne devant pas être abandonnées à la courtoisie des nations, il faut chercher le principe de décision dans la nature même des lois.

Ce principe sera le *but social* de la loi, car les lois, considérées au point de vue social, n'ont d'autorité et de va-

leur que par le but qu'elles poursuivent. Le but de la loi, dit M. Pillet, « est à ce point essentiel qu'il s'identifie avec la loi elle-même et, que, lorsqu'on veut répartir en diverses catégories les diverses espèces de lois, il faut toujours faire intervenir la considération de leur but pour arriver à les distinguer ». Le législateur, en créant une loi, n'a pas eu pour but d'édicter un certain nombre de dispositions ; au contraire il désire arriver à la réalisation d'un but social bien déterminé.

La conclusion qui se dégage de cet ordre d'idées est qu'il faudra enlever l'extra-territorialité mais maintenir la territorialité aux lois dont le but social ne serait pas atteint, si, dans chaque pays, elles ne s'appliquaient pas aux étrangers comme aux nationaux ; au contraire il faudra enlever la territorialité, mais maintenir l'extra-territorialité à celles dont le but social serait manqué si elles ne suivaient en tout lieu les personnes qui tombent sous le coup de leurs dispositions.

Aussi l'auteur est amené logiquement à se demander quel est le but des lois d'ordre privé. Les lois envisagées relativement à leur but social ne peuvent avoir que l'un ou l'autre de ces deux objets : ou protéger les activités particulières des individus, ou garantir les conditions d'existence et de fonctionnement de corps social. M. Pillet appelle les premières lois individuelles ou mieux lois de protection individuelle, les autres lois sociales ou lois de garantie sociale.

Les lois de *protection individuelle* doivent être extra-territoriales, car, pour qu'une protection soit efficace, il faut qu'elle soit continue ; ces lois perdront donc dans le commerce international la territorialité, cela est nécessaire pour leur donner le maximum d'effet utile.

Les lois de *garantie sociale* doivent être territoriales, parce que leur but, qui est l'intérêt du bon fonctionnement du corps social, l'ordre public en un mot, serait complètement manqué si les étrangers sur le territoire pouvaient s'y soustraire. Dans ce cas, c'est l'extra-territorialité de la loi qui devra être paralysée.

Nous arrivons maintenant à la question de la détermination de la loi applicable.

En matière de protection individuelle, est applicable la loi de la nationalité et non point celle du domicile. C'est la loi de la nationalité, enseigne-t-on dans cette théorie, parce que c'est la souveraineté nationale qui seule doit protéger ses sujets à l'étranger, de même qu'elle les protège chez elle en édictant des lois de protection. Repousser les statuts personnels de la loi nationale, ce serait porter atteinte à l'une des prérogatives essentielles de l'Etat, entraver sa souveraineté dans l'exercice d'un devoir qui est en même temps un droit.

M. Pillet passe ensuite à la détermination de la loi applicable quand il s'agit de lois de garantie sociale. Il se demande si l'on donnera la préférence à la *lex loci actus*, à la *lex fori* ou à toute autre loi choisie *a priori* comme devant résoudre les conflits en matière de lois territoriales. Il est impossible, dit-il, de poser un principe unique et semblable à celui établi au sujet des lois de protection individuelle. « C'est la considération attentive de l'objet précis de chaque loi de cet ordre qui indiquera quelle portée d'application commande son but, et, par suite, quels rapports tombent sous son empire, et quels autres y échappent. Et ainsi on arrivera à donner compétence tantôt à la loi de la situation, tantôt à une autre loi, suivant que le but social de chacune d'elles commandera cette application. »

Pour résumer, nous pouvons dire qu'en matière de lois territoriales, *la loi compétente est celle de l'État dont les intérêts sont en jeu.*

Le principe de la territorialité des lois de garantie sociale signifie que ces lois doivent s'appliquer aux personnes, aux biens et aux actes, présents ou accomplis sur le territoire, seulement en tant que l'intérêt social que ces lois défendent se trouverait menacé.

Avec pareilles données, on peut aborder les conflits de lois. Trois cas peuvent se présenter, suivant que le conflit naît entre lois extra-territoriales, entre lois territoriales ou entre une loi extra-territoriale et une loi territoriale.

1° Les conflits entre lois extra-territoriales seront résolus en appliquant à chaque personne sa loi nationale. Donc si l'on est en présence « d'un droit organisé dans un but bien net de protection individuelle » et que tous les intéressés appartiennent à la même nationalité, on appliquera la loi nationale commune à toutes les parties, sans qu'il y ait lieu de considérer l'objet de ce droit, fût-il un immeuble, ni le lieu où le rapport de droit prend naissance. S'il s'agit d'un rapport de droit tendant à la protection de l'individu et qui mette en présence plusieurs personnes de nationalités différentes, il faut, toutes les fois que cela est possible, appliquer à chaque partie sa loi nationale. Dans le cas où cette application distributive n'est pas possible, parce qu'il y a entre les intéressés une telle indivisibilité de situation que le tout doit être absolument régi par une seule et même loi, il faut distinguer :

Le rapport en litige a-t-il pour but social la protection particulière d'une seule des personnes intéressées ? La loi qui doit l'emporter est la loi nationale de la personne que le rapport a pour but de protéger.

Le rapport en litige a-t-il pour but de protéger également les deux parties ? Comme il n'y a aucune raison de préférer la loi de l'une à celle de l'autre, on appliquera cumulativement les deux ; c'est la plus rigoureuse qui devra être appliquée en principe ; si elles ne sont pas de même nature, par exemple si l'un défend ce que l'autre permet, alors aucune solution rationnelle n'est possible.

2° Si un conflit pouvait naître entre lois territoriales, il serait résolu par l'application de chaque loi sur son territoire.

3° Si le conflit naît entre une loi extra-territoriale et une loi territoriale, cette dernière doit l'emporter, car « l'intérêt social doit précéder l'intérêt particulier, l'autorité de la loi territoriale fait fléchir l'autorité de la loi extra-territoriale ».

Pour rendre l'exposé de cette théorie aussi complet que possible, il nous reste à parler de la façon dont M. Pillet envisage la règle de l'autonomie de la volonté des parties en matière de contrats.

La doctrine qui est le plus en faveur aujourd'hui décide que, lorsqu'un conflit se présente relativement à un contrat, il faut le résoudre en faisant prédominer la loi adoptée par les parties elles-mêmes ; cette doctrine interprète largement la règle que le contrat est la loi des parties. On ne distingue pas ce qui dépend de la volonté des parties de ce qui découle de l'autorité de la loi, les lois facultatives des lois obligatoires. On peut donc formuler de la façon suivante la doctrine courante : toutes les lois, en cette matière, sont facultatives au point de vue international et il dépend de la volonté des parties d'accepter ou de repousser leur autorité ; cette autonomie de la volonté des parties n'a qu'une limite : les exigences de l'ordre public.

M. Pillet critique avec raison cette trop grande autonomie et il est d'avis qu'on ne doit laisser les parties autonomes que relativement aux lois facultatives, c'est à-dire aux dispositions édictées par le législateur pour suppléer à la volonté des parties ou pour l'interpréter. Mais à côté de la classe des lois facultatives « il en est une autre fort considérable de lois qui ne concernent pas l'ordre public et qui s'imposent cependant aux contractants dans leur propre intérêt ». C'est quant à ces lois qu'il faut restreindre la volonté des parties car, comme le dit M. Pillet, « permettre aux intéressés de choisir la loi par laquelle ils entendent être régis, c'est leur permettre de se placer au-dessus de la loi elle-même, c'est énerver la loi et détruire son effet ».

La conclusion qui s'impose dès lors, c'est que les parties doivent avoir une pleine liberté relativement aux lois facultatives et que les conflits doivent être tranchés au moyen d'inductions tirées de la volonté exprimée ou présumée des parties ; nous remarquons que pour cette catégorie de lois, la doctrine nouvelle est pleinement d'accord avec la doctrine courante ; quant aux conflits entre lois obligatoires quelconques, la volonté des contractants est impuissante et c'est au droit international qu'il faut en demander la solution.

Cette solution, nous la rencontrerons en appliquant les principes exposés plus haut : s'il s'agit de lois de protection individuelle on appliquera la loi nationale des intéressés, et s'il s'agit de lois de garantie sociale, la loi du pays dont l'ordre public est en jeu.

La règle *locus regit actum* est de pur droit coutumier et ne fait pas obstacle à l'application des principes là où elle est possible.

Parmi les motifs que M. Pillet invoque à l'appui de sa théorie, nous n'en signalerons que deux, qui suffisent, croyons-nous, à montrer sur quelles bases solides est assise la nouvelle théorie.

1^o Cette théorie que l'on peut appeler la théorie du but social de la loi enseigne qu'il faut envisager le but social de chaque loi pour décider de sa portée internationale. En effet, le but que le législateur poursuit s'identifie tellement avec la loi elle-même, qu'on ne concevrait pas une loi sans un but déterminé. Pourquoi alors ne prendrait-on pas comme critérium le but social de la loi pour décider de sa territorialité ou extra-territorialité ?

Comme le dit M. Pillet : « Choisir le but comme critérium, assigner à chaque loi la portée internationale qui correspond le plus exactement à son but, c'est donner à la loi son maximum d'effet, à son autorité son maximum d'intensité dans les rapports internationaux, c'est donc assurer à la société internationale, dans la plus large mesure possible, le bienfait de l'application du droit. »

M. A. Weiss (*Traité théorique et pratique de droit international privé*, tome III, p. 60) considère le critérium du but social de la loi comme très incertain. « Quoi de plus vague que le but social de la loi ? Quoi de plus embarrassant à déterminer pour le juge chargé de lui procurer son application ? Le même texte législatif peut poursuivre des buts sociaux très divers, auxquels correspondent des dispositions différentes : d'autre part, les lois étrangères elles-mêmes, quoique se référant en apparence au même ordre d'intérêts, peuvent avoir en réalité les buts sociaux les plus opposés ; et le juge appelé à faire le départ, à dire ce qui dans telle ou telle loi est extra-territorial et ce qui ne l'est pas, en considération de son but, sera en butte à d'insurmontables difficultés. »

Nous croyons que le but poursuivi par la loi est le même dans tous les pays parvenus sensiblement au même degré de civilisation : cela est indispensable pour qu'il puisse s'établir entre eux ce commerce international, source importante des conflits de lois ; ce qui varie, ce sont les dispositions grâce auxquelles les différents législateurs espèrent arriver à un but déterminé. En effet, nous trouvons chez les peuples civilisés un ensemble de dispositions relatives à des institutions correspondant aux mêmes intérêts, par exemple : le mariage, la famille, la liberté de contracter, etc... Quelles que soient les dispositions prises par un législateur relativement à ces institutions, il poursuivra toujours le même but. Nous pouvons faire la même remarque relativement aux lois d'ordre public ; tout législateur qui édicte une pareille loi a pour but avant tout de veiller à la conservation et au bon fonctionnement de la société ; il n'y a que les mesures employées par le législateur pour arriver à ce but qui peuvent varier d'un pays à un autre. Quant à la difficulté que l'on rencontre quelquefois dans la détermination du but social d'une loi, elle n'est pas insurmontable.

2° Le deuxième argument capital, à notre avis, en faveur de cette théorie, est qu'elle explique le mieux pourquoi les États souverains sont les uns par rapport aux autres dans l'obligation de respecter les règles du droit international privé. M. Pillet a très bien mis en lumière le lien qui rattache le droit international privé au droit international public. Il s'exprime ainsi :

« Faire du respect du but de chaque loi positive la grande règle du droit international privé, c'est respecter, dans la personne du législateur qui l'a promulguée, à la fois la volonté par lui manifestée d'atteindre le but social

en question et la qualité en vertu de laquelle ce législateur a mission de poursuivre le but susdit ; c'est faire preuve de respect pour la souveraineté du législateur, en s'inclinant devant les moyens légaux dont il usé pour la réalisation des buts sociaux commandés par les besoins de son peuple (1). »

Ces motifs nous ont fait incliner vers cette théorie et c'est à elle que nous demanderons la solution des conflits que nous rencontrerons dans notre étude ; du reste les solutions données par elle, à part quelques exceptions, ne diffèrent pas sensiblement de celles admises par la théorie de la personnalité du droit, et par celle de Savigny, qui sont le plus en faveur auprès des jurisconsultes internationalistes.

(1) Cette théorie explique aussi le mieux, à notre avis, pourquoi les rapports de droit qui rentrent dans le domaine des lois extra-territoriales, ou, pour employer le langage traditionnel, dans le statut personnel, doivent être régis par la loi nationale des intéressés. En effet, pour nous, qui admettons comme critérium de solution des conflits de lois le but social, lorsqu'il s'agit de déterminer sous quelle compétence rentrent les lois extra-territoriales, c'est-à-dire les lois de protection individuelle, la question se réduit à déterminer quelle puissance politique doit être, dans les relations internationales, comme la protectrice naturelle de la personne. Si l'on pose ainsi la question, la réponse n'est pas douteuse : c'est à la souveraineté nationale qu'incombe le devoir de protéger ses sujets à l'étranger. « Sous cette loi (de protection), dit l'auteur, nous apparaît le souverain qui l'a faite, dans ses dispositions l'idée de protection dont elle est l'expression vivante et agissante, et lorsque nous en arrivons à nous demander quelle loi est applicable à une personne, pouvons-nous hésiter à répondre que c'est la loi émanée de son protecteur naturel, c'est-à-dire sa loi nationale. » V. pour plus de détails, *Journ. de dr. int. pr.*, 1895, p. 241 à 249.

CHAPITRE PREMIER

DE LA CAPACITÉ DE DONNER ET DE RECEVOIR ENTRE VIFS.

Tous les auteurs admettent aujourd'hui que les lois d'état et de capacité sont extra-territoriales et suivent l'individu partout où il va, même contre sa volonté. On arrive très facilement à la même solution en faisant intervenir les principes de la théorie que nous avons adoptée ; en effet, en examinant le but social de ces lois, il apparaît immédiatement qu'elles sont des lois de protection individuelle au premier chef et comme telles éminemment extra-territoriales. Mais en outre, cette théorie va nous permettre de répondre d'une façon précise à la question de savoir quelles sont les limites du principe admis, car la jurisprudence présente des fluctuations sur cette question. Nous croyons que toute loi ayant pour effet de régler la capacité d'une personne doit être *extra-territoriale*, sans distinguer s'il s'agit de meubles ou d'immeubles, ou si la loi en question règle une question de capacité générale ou spéciale. Cette solution s'impose si l'on admet que la portée internationale d'une loi dépend de son but social ; en effet, si l'on pense avec nous que les lois de capacité ont pour but de protéger les activités particulières des individus qui y sont soumis et que ce besoin de protection tient à la personne même des individus de l'aptitude juridique desquels la loi se défie et non pas aux biens considérés en eux-mêmes, il en résulte que, — sans aucune distinction possible tirée de la nature

mobilière ou immobilière des biens, ou du caractère général ou spécial de l'incapacité, — *toutes les lois relatives à la capacité des personnes doivent être extra-territoriales*, car ce n'est qu'en leur accordant ce caractère qu'elles pourront poursuivre et réaliser leur mission protectrice.

Quant à la question de savoir quelle est la loi que doit suivre partout l'individu à titre de loi extra-territoriale ou statut personnel, les auteurs modernes se prononcent en majorité pour la *loi nationale* (1). Pour nous qui avons admis le principe que toutes les lois de protection individuelle sont extra-territoriales, la question se réduit à nous demander quelle est la loi la mieux qualifiée pour protéger les activités particulières des individus dans le domaine des relations internationales ? C'est incontestablement la loi nationale, parce que c'est à la souveraineté nationale qu'incombe le devoir de protéger ses sujets à l'étranger, et parce que c'est elle aussi qui connaît le mieux les besoins de ses sujets. Cependant, de nos jours encore, les juristes anglais et américains déterminent le statut personnel par la loi du domicile. Ils s'appuient, pour défendre cette opinion, sur la tradition : pour les anciens auteurs, le statut personnel était en effet la *loi du domicile*, mais cela tient à ce que, de leur temps, les conflits les plus fréquents qu'ils envisageaient s'élevaient entre les coutumes contradictoires d'un même pays ; aussi la loi du domicile était-elle pour les statutaires le seul statut personnel possible, le domicile étant le moyen le plus sûr de rattacher un individu à un territoire quelconque. Ils ajoutent encore qu'il est naturel de soumettre une personne à la loi

(1) V. Brocher, de Bar, Mancini, Fiore, Laurent, Weiss, Despagne, Surville et Arthuys, Audinet, Lainé, L. Renault.

du lieu où se trouve le centre de ses sentiments et de ses intérêts, loi qu'elle connaît probablement mieux que sa loi nationale, surtout si elle a quitté son pays depuis un temps plus ou moins long. Nous n'entreprendrons pas de réfuter cette opinion, car c'est une question d'ordre général qui ne rentre pas dans notre cadre ; mais nous avons dû en faire mention, vu l'importance du groupe des pays anglo-saxons qui se rattachent à la loi du domicile pour la détermination du statut personnel(1).

La loi du domicile a encore prévalu dans les traités élaborés au congrès de Montevideo et est consacrée par la plupart des Codes civils des États sud-américains.

Ces considérations générales terminées, abordons maintenant l'étude même de notre sujet particulier.

La capacité ou l'incapacité de disposer est considérée par la plupart des auteurs modernes comme rentrant dans le statut personnel du disposant. En effet toute loi qui édicte une incapacité en notre matière ne poursuivant d'autre but que celui de protéger le disposant contre ses propres entraînements, contre les captations et les séductions dont il peut être entouré, doit être extra-territoriale pour pouvoir remplir sa mission ; toutes les lois de protection individuelle doivent être d'une application continue si l'on veut que leur protection soit efficace et la con-

(1) Parmi les législations qui se rattachent à la loi personnelle, nous pouvons citer, outre le Code civil français (art. 3, § 3), les Codes civils italien (art. 6), espagnol (art. 9), portugais (art. 24 et 27), roumain (art. 2) et le projet du Code civil belge (art. 4). Le nouveau Code civil allemand, entré en vigueur le 1^{er} janvier 1900 consacre aussi l'opinion qui se rattache à la loi nationale ; l'article 7 de la loi d'introduction dit en effet que la capacité juridique d'une personne est jugée d'après les lois de l'Etat auquel cette personne appartient ; ce qui est remarquable, car jusqu'alors les Allemands étaient très attachés à la loi du domicile.

tinuité en droit international privé se traduit par l'extraterritorialité. Par conséquent, quelle que soit l'incapacité dont le disposant est frappé, que ce soit une incapacité découlant d'un état prévu et réglé par la loi (minorité, interdiction), ou une incapacité spéciale à la matière dont nous nous occupons, nous la considérerons toujours comme régie par la loi nationale du disposant. De même nous nous préoccupons peu du fait que l'acte ait pour objet des immeubles ; les questions de capacité sont régies par la loi personnelle sans égard à la situation des immeubles. Dans les pays de race anglo-saxonne on admet encore en général que la capacité, s'agissant d'immeubles, est régie par la loi du lieu de la situation réelle ; cela tient à ce que les Anglais et les Américains s'attachent encore à la vieille maxime que toute coutume est réelle, adage qui pendant longtemps fut universellement admis.

§ 1. — De l'incapacité de donner des personnes en état d'insanité d'esprit.

Le Code civil français et quelques codes modernes requièrent une sanité d'esprit spéciale pour que la capacité de donner puisse en résulter ; d'autres codes, au contraire, assimilant la donation aux autres contrats, se contentent de la capacité générale de contracter.

Quelle est la raison d'une telle situation ? — Tout d'abord, il est hors de doute que, pour pouvoir contracter, il faut être sain d'esprit ; sinon, le consentement requis pour la perfection du contrat serait vicié. Les législateurs qui ont entouré la capacité de disposer de conditions beaucoup plus rigoureuses que celle de contracter ont certainement voulu protéger les disposants contre les séductions et les captations qui les guettent et cela surtout pour

un contrat dans lequel, en règle générale, ils ne reçoivent rien en échange de ce qu'ils donnent ; de plus ils ont voulu protéger le disposant contre ses propres entraînements, pour l'empêcher de se dépouiller irrévocablement (au moyen d'une donation entre vifs) en faveur de personnes peu dignes d'intérêt. Ces considérations, jointes à cette autre, que la donation n'est pas un contrat mais *un acte*, comme le testament, ont été les raisons principales de cette capacité spéciale requise par le législateur. Ceci est corroboré par le fait, que tous les codes qui définissent la donation *un acte* assimilent la capacité de donner à la capacité de tester qu'on appelle capacité de disposer.

D'autres codes, comme le nouveau code civil allemand (et prussien), ont assimilé le contrat de donation aux autres contrats et n'exigent par suite d'autres conditions de capacité que celles qui sont requises pour s'obliger valablement. En face de cette diversité de législations, nous aurons des conflits toutes les fois qu'une loi appartenant à la seconde catégorie se trouvera en face de l'action concurrente d'une autre loi appartenant à la première catégorie.

Pour trancher les conflits possibles, nous devons avant tout déterminer quelle est la nature d'une pareille disposition.

L'article 901 du Code civil français porte : « Pour faire une donation entre vifs ou un testament, il faut être sain d'esprit. » De l'avis général, il convient d'entendre cette disposition, non pas dans ce sens, que, pour pouvoir disposer, il ne faut pas être fou, car alors elle serait inutile et la capacité de donner se confondrait avec celle de contracter ; mais dans le sens qu'il ne faut être sous l'influence d'aucune cause externe (séduction, captation) capable de déterminer la volonté. Il suffit que la raison du donateur ait

été atteinte à un moment donné, et que ce moment soit précisément celui de la donation, pour qu'elle soit entachée de nullité, indépendamment de toute interdiction ; les principes qui régissent l'action en nullité ne sont pas les mêmes qu'en matière d'interdiction.

Les individus qui se trouvent dans un état habituel d'imbécillité, de démence ou de fureur peuvent seuls être interdits, et l'interdiction entraînant une présomption absolue d'incapacité, la donation, de même que tout autre contrat passé par l'interdit postérieurement à l'interdiction, serait nulle de droit.

De ce que nous avons dit, il résulte qu'en France et dans les autres pays régis par des codes inspirés du droit français, on peut prouver devant les tribunaux — même si le donateur n'a pas été interdit — que son consentement était vicié au moment de la donation et obtenir ainsi la nullité de donation ; tandis que dans les pays qui ne requièrent pas une intégrité d'esprit spéciale, pour annuler une donation, il faut que le donateur ait été interdit avant la donation.

La disposition de l'article 901 est incontestablement une disposition rentrant dans *le statut personnel*. En effet, si nous nous demandons quel est son but social, il apparaît très clairement qu'elle ne peut en avoir d'autre que celui de protéger le donateur contre toutes sortes d'influences dangereuses dont il peut être entouré ; c'est donc une règle rentrant dans la capacité des personnes régies par la loi nationale de chaque individu et le suivant partout. Toutes les fois donc que nous aurons à résoudre un conflit de lois relatif à notre matière, nous le ferons régir par la loi nationale du donateur.

Prenons un exemple pour mieux préciser notre prin-

cipe : si un Français fait une donation, quel que soit le lieu de naissance du contrat, celui des biens donnés, celui du tribunal devant lequel la question sera portée, le juge devra prononcer la nullité de la donation, s'il est prouvé qu'au moment de la donation, le donateur n'avait pas l'esprit libre ou qu'il était affecté d'une manie. C'est en effet à la loi française que revient le soin de protéger ses sujets à l'étranger, c'est donc à elle qu'il faut demander si le donateur avait la capacité de donner.

De même, si un Allemand fait une donation, le tribunal saisi de la question ne devra pas permettre qu'on prouve son insanité d'esprit, même relativement aux biens situés en France ; nous croyons que la même solution s'impose, alors même que l'action en nullité serait intentée en France.

Les auteurs modernes admettent la personnalité de cette disposition, à l'exception de M. Brocher (*Cours de Droit international privé*, t. I, p. 8 et suiv.), qui estime que la disposition de l'article 901 ne doit pas être considérée comme rentrant dans le statut personnel du disposant. Il ne s'agit pas, dit M. Brocher, d'un état permanent, classant la personne dans une catégorie spéciale d'incapacité ; cette personne se trouve seulement, au moment où elle agit, dans une position qui ne lui permet pas d'avoir une volonté valable en droit ; il s'agit d'une condition interne de la validité de l'acte. Par suite, cet auteur soutient que « le législateur distingue deux catégories de cas portant atteinte à la régularité d'un acte de volonté ; il s'agit dans la première de vices internes portant la perturbation dans le consentement pris en lui-même : la cause de nullité se trouve dans les faits individuels et passagers se rapportant spécialement à l'acte ; dans la seconde, au

contraire, cette cause résulte de l'état plus ou moins permanent de la personne. L'incapacité est réelle dans la première et personnelle dans la seconde. »

Nous croyons, au contraire, que les règles relatives aux vices du consentement et à leur sanction sont, comme celles relatives à la capacité, des lois de protection individuelle, comme telles rentrant dans le statut personnel.

Ce qui conduit l'auteur à cette solution, c'est qu'il est parti du principe que les donations, comme les testaments, sont des exceptions à la succession légale. Il interprète l'article 901 dans le sens suivant : « Une volonté dérivant d'une intelligence saine peut seule déroger aux règles de la succession légale », et il arrive à la conclusion que notre disposition doit être régie, en principe, par la même loi que la succession légale. M. Brocher pousse l'assimilation trop loin ; en effet, cette disposition établit une incapacité de donner, et, même dans l'ancienne théorie des statuts, la capacité n'était pas régie par la loi de la situation des biens (c'est à la loi de la situation des biens que M. Brocher attribue compétence en cette matière, car il admet que le statut successoral en ce qui concerne les immeubles est territorial) ; de plus (et c'est une raison très importante), les donations sont des contrats, elles n'ont que des rapports indirects avec la succession légale lorsqu'il s'agit de la réserve et de la quotité disponible ; en tant donc qu'il s'agit de la capacité de contracter, il faut appliquer les principes qui régissent la matière des contrats.

Lorsque l'incapacité résulte d'un jugement d'interdiction, le statut de l'interdiction est personnel, c'est-à-dire que l'incapacité qui en résulte suit l'interdit partout (1) ;

(1) Mais on discute la question de savoir si le jugement d'interdic-

par conséquent, les incapacités résultant du jugement d'interdiction devront avoir effet partout.

Mais un autre cas plus compliqué peut se présenter. Supposons un Français domicilié à l'étranger frappé d'interdiction par un tribunal étranger. On peut se demander, dans ce cas, quelle loi déterminera les incapacités de l'interdit : la loi du pays où est intervenu le jugement d'interdiction ou bien la loi nationale de l'interdit ? Ces incapacités dépendent, croyons-nous, de la loi nationale de l'interdit, car c'est elle qui doit protéger ses sujets à l'étranger ; de plus, ces incapacités, si elles dérivent du jugement d'interdiction, ne lui sont pas intimement liées ; le tribunal étranger, en frappant le Français d'interdiction, se borne, en somme, à constater qu'il a besoin de protection, qu'il est incapable de gérer son patrimoine ; une fois ce point fixé, il doit appliquer la loi française quant aux incapacités résultant de l'interdiction, car ce n'est pas la *lex fori* qui doit protéger les individus dans les relations internationales.

§ 2. — De l'incapacité des mineurs.

En droit français (art. 903 et 904, C. civ.), les mineurs sont incapables de disposer de leurs biens entre vifs. En ce qui concerne cette incapacité, tous les auteurs reconnaissent qu'elle rentre dans le statut personnel, car elle n'est qu'une suite de l'incapacité générale qui frappe les

tion comme tous les autres jugements relatifs à l'état et à la capacité des personnes est compris dans la règle qui exige que les jugements étrangers soient rendus exécutoires pour qu'ils puissent produire effets. Nous n'entrerons pas dans la controverse ; nous nous rallions à l'opinion (Laurent, t. VI, p. 166) qui soutient que les jugements relatifs à l'état et à la capacité produisent effets partout, sans qu'ils aient besoin de l'exequatur.

mineurs. Aussi ne saurait-on assez critiquer l'opinion qui prévaut dans les pays anglo-américains, d'après laquelle la capacité ou l'incapacité dépend de la situation des biens.

Quand un législateur frappe son sujet mineur de l'incapacité de donner, c'est par des considérations personnelles à ses nationaux, parce qu'il croit qu'un mineur n'a pas la liberté d'esprit nécessaire pour disposer de ses biens. Pourquoi se donnerait-on tant de peine à protéger la minorité si le mineur, incapable dans son propre pays, peut, parce que le hasard le fait posséder des biens dans un pays qui fixe la majorité à un autre âge, disposer de ses biens? Incapable de donner d'après sa loi nationale, le mineur doit conserver partout cette incapacité.

§ 3. — De l'incapacité de la femme mariée.

L'article 905 du Code français décide que la femme mariée est incapable de donner entre vifs, sans l'assentiment ou le consentement spécial de son mari, ou sans y être autorisée par la justice. C'est d'une incapacité absolue de disposer que la femme mariée est frappée; l'autorisation dont la femme a besoin pour donner entre vifs n'est qu'une conséquence de l'incapacité générale qui frappe les femmes mariées. Les lois édictant de pareilles incapacités étant avant tout des lois de protection individuelle, il en résulte que l'incapacité de donner de la femme rentre dans le statut personnel.

Le tribunal civil de la Seine a décidé, par jugement du 5 août 1881 (*Clunet*, 1882, p. 617) que pour apprécier la validité d'un don manuel fait par une femme mariée étrangère il faut consulter non la loi du lieu où la donation a été faite, mais *la loi nationale de la femme qui seule règle sa capacité*. Ce jugement a été confirmé par un arrêt de la

Cour de Paris du 11 décembre 1883 (*Clunet*, 1884, p. 289), décidant qu'aux termes du Code civil italien (art. 134), l'autorisation générale donnée par un mari à sa femme de disposer et d'aliéner est valable, sans qu'il soit besoin d'une autorisation spéciale à chaque acte de disposition ou d'aliénation.

Le Code autrichien n'exige aucune autorisation pour les actes juridiques de la femme ; en conséquence, une donation faite par une autrichienne en France, ayant pour objet des immeubles français, est valable alors même qu'elle n'aurait pas eu l'autorisation maritale exigée par la loi française.

§ 4. — Des incapacités qualifiées relatives.

Nous traiterons, dans ce paragraphe, de l'incapacité de donner dont est frappé le pupille à l'égard de son tuteur, le médecin à l'égard de son malade et les enfants naturels à l'égard de leurs parents ; on qualifie ces incapacités de relatives, parce qu'elles n'existent que par rapport à certaines personnes.

De nombreux conflits de lois peuvent naître en cette matière, à cause de la grande diversité des lois.

Et d'abord ces dispositions, qu'on les considère soit comme des incapacités de disposer, soit comme des incapacités de recevoir, rentrent, comme nous le verrons, dans le statut personnel des intéressés, et comme nous sommes en présence de lois de protection individuelle, c'est-à-dire extra-territoriales, c'est à la loi nationale des intéressés que nous donnerons compétence.

Cette application de la loi nationale est très facile quand le donateur et le donataire appartiennent à la même nationalité, car la loi nationale des intéressés est seule com-

pétente dans ce cas ; ainsi, en quelque lieu que la donation soit intervenue et que l'objet donné soit situé, un mineur français sera toujours incapable de donner à son tuteur français avant la reddition des comptes de tutelle.

Mais la question devient plus difficile quand les intéressés sont de nationalité différente et que leurs lois nationales contiennent des dispositions contraires, car en cette matière un même rapport juridique crée entre eux une telle indivisibilité de situation que le point qui les divise doit nécessairement être tranché par l'application d'une seule législation.

Nous arrivons ainsi à nous demander à quelle loi il faut donner compétence : *la loi nationale du donateur ou du donataire* ? Les auteurs ne sont point d'accord.

Certains soutiennent qu'il n'existe aucune raison de donner la préférence à l'une de ces lois plutôt qu'à l'autre ; chacune d'elles doit exercer son empire sur la condition de ses ressortissants. Laurent s'en tient à la capacité du gratifié, du moins en ce qui concerne l'incapacité du médecin (nous y reviendrons), mais il admet en principe que la capacité de recevoir doit exister chez celui qui bénéficie de la donation ou du legs, comme la capacité de disposer chez celui qui en est l'auteur.

Nous nous rattachons à l'opinion soutenue par un grand nombre d'auteurs d'après lesquels il faut donner la préférence à *la loi du disposant*.

C'est en nous demandant quel est le but social poursuivi par ces diverses dispositions que nous nous déterminons. En effet, leur but social n'est pas la protection du donataire puisque c'est pour protéger le donateur contre certaines influences difficiles à combattre et contre des entraînements dangereux que la loi a restreint sa faculté de

donner. Par suite, à laquelle attribuer compétence ? Sans doute à la loi nationale du donateur, car le but social du rapport en litige est la protection particulière du donateur. Tel est le principe général : passons maintenant à l'étude de chaque incapacité spéciale.

I. — *De l'incapacité de donner du mineur vis-à-vis de son tuteur.*

L'article 907, 2^e alinéa, C. civ., s'exprime ainsi : « Le mineur, devenu majeur, ne pourra disposer, soit par donation entre vifs, soit par testament, au profit de celui qui aura été son tuteur, si le compte définitif de la tutelle n'a été préalablement rendu et apuré. » Ainsi, tant que le compte de tutelle n'a pas été rendu et apuré, le mineur ne pourra pas donner entre vifs à son tuteur ; il n'y a d'exception qu'en faveur des ascendants du mineur.

En cas de conflit entre la loi nationale du mineur et celle de son tuteur, quelle loi appliquer ? Conformément à l'opinion admise, nous croyons que c'est la loi nationale du mineur qui doit seule être appliquée, du moment que le rapport de droit en question a pour but la protection du mineur. En effet, le but social poursuivi par le législateur français — et, en général, par toutes les législations où l'on trouve de pareilles dispositions — a été de protéger le mineur contre un entraînement irréfléchi qui le pousserait à donner à son tuteur, avant qu'il soit à même de se rendre compte de la façon dont celui-ci a géré ses intérêts. De plus, la loi veut que tant que le mineur devenu majeur est encore sous la dépendance morale du tuteur, il ne puisse profiter de l'autorité dont il jouit pour amener le pupille à lui faire des libéralités ; mais, dès que le compte de tutelle a été rendu, l'ancien pupille peut donner à son tuteur, comme à un étranger ; car c'est par un

sentiment de reconnaissance que le mineur est poussé à donner à son tuteur ; il nous paraît donc incontestable que, si l'on se place à ce point de vue, l'application de la loi nationale du mineur s'impose. C'est donc la loi nationale du mineur qui déterminera l'incapacité de recevoir du tuteur. Si elle ne prévoit pas d'incapacité, le tuteur sera capable de recevoir, alors même qu'il ne le pourrait pas d'après son statut personnel.

Nous croyons donc que la donation faite par un pupille français, avant l'apuration du compte de tutelle, à son tuteur anglais, ne sera pas valable, car la loi nationale du mineur ne lui permet pas une pareille donation. Mais la donation faite par un pupille anglais à son tuteur français sera valable, car d'après la loi anglaise le mineur peut gratifier son tuteur ; la circonstance que le tuteur français est incapable de recevoir d'après la loi française ne nous semble pas de nature à inférer notre solution. M. Weiss (1), selon lequel il faut appliquer le statut personnel de chaque intéressé, soutient, au contraire, que la donation faite par le mineur anglais à son tuteur français est nulle, en faisant ainsi prévaloir la loi personnelle du donataire sur celle du donateur. Mais pourquoi vouloir protéger le mineur anglais plus que ne le fait sa propre loi, alors surtout qu'on est d'accord pour reconnaître, qu'en matière de minorité, c'est la loi nationale du mineur qui doit prévaloir sur celle de son tuteur.

Laurent (*Dr. civ. int.*, t. VI, p. 370), dans le cas donné, admet que c'est la loi nationale du mineur qui doit prévaloir, bien qu'il pose en principe que la capacité de donner doit exister chez le donateur et celle de recevoir chez le donataire.

(1) Weiss, *Traité de Droit int. privé*, 2^e éd., p. 706.

Voilà en quels termes il s'exprime : « Si la loi anglaise n'empêche pas le mineur de disposer au profit de son tuteur, c'est qu'elle suppose qu'il n'a pas besoin d'être protégé. Tout ce que la loi française lui doit dans cette supposition, c'est de maintenir la protection telle qu'elle est organisée par la loi personnelle du pupille. » M. Brocher (t. II, p. 15) considère aussi cette disposition comme devant être gouvernée par la loi nationale du mineur, car elle n'est qu'une dépendance de la tutelle régie par la même loi.

Parmi les auteurs qui se rattachent à la loi personnelle du donateur, nous pouvons citer : Antonie, Rolin, Despagne, Asser et Rivier, Demangeat sur Fœlix.

II. — *De l'incapacité de disposer des malades à l'égard des médecins ou ministres du culte.*

Cette incapacité est édictée par l'article 909 du Code civil ainsi conçu : « Les docteurs en médecine ou en chirurgie, les officiers de santé et les pharmaciens qui auront traité une personne pendant une maladie dont elle meurt, ne pourront profiter des dispositions entre vifs ou testamentaires qu'elle aurait faites en leur faveur pendant le cours de cette maladie », sauf les exceptions déterminées par l'alinéa 2. D'après le dernier alinéa du même article, les ministres du culte sont frappés de la même incapacité.

A quelle loi faut-il donner la préférence, dans le conflit entre la loi personnelle du malade donateur et la loi personnelle du médecin gratifié ?

Nous croyons que c'est toujours la loi nationale du donateur qui doit régir ce rapport juridique. Quoique le texte semble envisager cette incapacité comme une inca-

pacité de recevoir, il apparaît clairement cependant qu'elle se résout en une véritable incapacité de disposer du chef du donateur; quelle que soit la façon de s'exprimer employée par le texte, nous nous demandons avant tout quel but il poursuit en créant cette incapacité. Or ce ne peut être que la protection du malade contre l'ascendant que peut prendre sur lui un médecin qui le traite pendant le cours d'une maladie plus ou moins longue. Il importait peu au législateur qui voulait protéger le malade de le rendre incapable de disposer ou bien de frapper d'une incapacité de recevoir le médecin qui l'a soigné, car dans tous les cas son but serait atteint, la donation étant nulle. Nous nous trouvons donc, comme dans le cas de l'article 907, en présence d'une disposition tendant avant tout à la protection du donateur et il nous semble naturel de donner la préférence à sa loi nationale; c'est donc elle qui déterminera l'incapacité de recevoir du médecin.

Laurent (t. VI, p. 372), contrairement à ce qu'il décide dans le cas précédent, croit que cette incapacité doit être appréciée uniquement d'après la loi nationale du donataire, parce qu'elle envisage spécialement l'incapacité de recevoir; il soutient que la prohibition étant établie contre les médecins ou ministres du culte, c'est une incapacité de recevoir de laquelle résulte sans doute une incapacité de disposer; mais la loi considère principalement l'incapacité de recevoir. Comme nous avons déjà combattu cette façon de voir, nous nous contentons d'exposer la solution proposée par M. Laurent. Il donne dans tous les cas une compétence exclusive à la loi personnelle du donataire: « Si le médecin, dit-il, peut recevoir d'après son statut personnel, par cela même le malade pourra lui donner; la capacité de recevoir entraîne la capacité de disposer,

de même que l'incapacité de recevoir entraîne l'incapacité de disposer. »

MM. Weiss (1) et Bertauld exigent la capacité chez les deux contractants ; il ne suffit pas que le donateur soit capable de donner d'après sa loi nationale, il faut encore que le donataire soit capable de recevoir d'après la sienne.

— M. Brocher (t. II, p. 20) croit que cette disposition ne rentre pas sous les règles ordinaires du statut personnel ; il s'agit d'une influence dont on a craint les effets sur la volonté du disposant ; mais cette crainte provient de causes qui ne se rattachent ni à la tutelle ni à la famille et qui sont également indépendantes des questions d'état et de capacité se rapportant à la personne du disposant, ce qui semble exclure, en droit positif français, toute idée d'une influence du statut personnel. Nous croyons avoir démontré, au contraire, que la disposition en question n'a d'autre but, ne peut avoir d'autre but, que celui de protéger le donateur.

M. Brocher soutient que c'est la succession légale qu'il s'agit de protéger contre toute disposition individuelle ne se produisant pas dans des conditions normales ; d'après l'auteur, c'est la loi régulatrice de cette succession qui doit déterminer l'incapacité du médecin, car c'est elle qui est naturellement appelée à fixer les conditions auxquelles on pourra s'écarter des règles édictées par elle. Pour nous qui admettons que c'est la loi nationale du défunt qui régit les successions, cela n'a pas d'importance pratique, puisque la loi de la succession se confond avec la loi nationale du donateur. Mais, au point de vue théorique, nous soutenons fermement que les

(1) A. Weiss, *Dr. int. privé*, 2^e édit., p. 703 ; Bertauld, *Questions*, t. I, pp. 31 et 32.

dispositions restreignant la faculté de disposer à titre gratuit, à l'égard de certaines personnes, n'ont pas pour but de protéger la succession légale, ni de conserver les biens dans les familles : et la preuve, c'est que le donateur peut disposer librement au profit des personnes qui ne sont pas visées par la loi. Nous sommes en matière de protection individuelle ; peu importe donc qu'il s'agisse d'une incapacité plus ou moins permanente ou d'une incapacité spéciale à certains actes, c'est toujours la loi nationale qui est compétente, bien entendu si son application ne contrarie pas l'ordre public du pays où on l'applique ; la loi qui régit la succession n'a rien à voir en pareille matière.

III. — *De l'incapacité de donner des père et mère à l'égard de leurs enfants naturels.*

D'après l'ancien article 908 du Code civil, les enfants naturels ne pouvaient, par donation entre vifs ou par testament, rien recevoir au delà de ce qui leur était accordé au titre *Des successions* ; mais cet article a été modifié par la loi du 25 mars 1896, qui défend toujours au père de *donner entre vifs* à son enfant naturel légalement reconnu, une part plus grande que celle qui lui est accordée par la loi dans la succession légale, mais qui se départit de cette sévérité en ce qui concerne le testament, car elle lui permet de léguer à son enfant naturel tout ou partie de la quotité disponible, sauf quand celui-ci se trouve en concours avec des descendants légitimes ; dans ce cas il ne peut recevoir plus qu'une part d'enfant légitime le moins prenant. L'incapacité des enfants naturels subsiste donc toujours en ce qui concerne leur droit de recevoir par donation entre vifs de leur père et mère.

L'incapacité des enfants naturels est une des questions les plus controversées du droit international privé ; de tout temps on a discuté si elle rentre dans le statut personnel ou dans le statut réel, comme loi d'ordre public.

Un grand nombre de jurisconsultes soutiennent qu'il s'agit d'une règle de capacité dépendant exclusivement de la loi personnelle ; nous croyons que cette opinion est celle qui tient le plus grand compte du but social poursuivi par l'article 908 et c'est pourquoi nous l'admettons comme de nature à nous donner les meilleures solutions en cas de conflit des lois.

Nous nous attacherons avant tout à démontrer que cette disposition rentre dans le statut personnel des intéressés, ce qui exclut la compétence de la loi territoriale ; nous demanderons quelle loi on doit faire ensuite prévaloir en cas de conflit entre la loi nationale du père et celle de l'enfant.

Parmi les internationalistes français contemporains, MM. Weiss et Audinet (1) sont les seuls, à notre connaissance, qui enseignent que la disposition de l'article 908 du Code civil français est d'ordre public international, et qu'à ce titre elle s'oppose à l'application d'une loi étrangère. M. Weiss (*Traité de Dr. int. privé*, p. 707, 2^e édit.) estime que la disposition dont il s'agit « est inspirée par

(1) Audinet, *Principes de Dr. int. privé*, p. 480 et 481. — Aubry et Rau (*Cours de droit civil*, t. I, p. 84 et 85, et note 16) considèrent que la disposition de l'article 908 rentre dans le statut réel, parce que son but direct et principal serait la conservation des biens dans les familles légitimes. Demolombe (*Cours de Code Nap.*, t. I, n^o 80) soutient aussi que le but essentiel de la loi n'est pas d'affecter la capacité générale du père et de l'enfant ; c'est une incapacité particulière, dit-il, dont l'effet est de restreindre la quotité des biens que l'enfant peut recevoir ; donc le législateur a en vue les biens, non la personne.

le respect des mœurs, par la protection qui est due, en tous lieux, au mariage et au droit de la famille légitime dont elle empêche la violation et que la société est intéressée à maintenir ».

Il est vrai que, dans la discussion du Code civil, l'orateur du gouvernement disait que c'est pour honorer les mariages que les enfants naturels ne doivent pas avoir les mêmes prérogatives que les enfants légitimes ; mais, ainsi que le dit Laurent (tome VI, p. 374), même en prenant cette affirmation comme exacte, le statut doit être réputé personnel. « Le législateur, dit-il, a voulu honorer le mariage et réprouver le concubinage ; c'est donc un motif d'état qui l'a déterminé ; voilà pourquoi le père peut donner tous ses biens à l'enfant naturel quand il n'y a pas de parents légitimes ; dans ce cas, l'honneur du mariage est hors de cause. Ainsi, que la loi déclare l'enfant naturel incapable ou capable de recevoir, c'est toujours l'honneur du mariage qui dicte ses dispositions ; donc le statut est personnel. »

Aujourd'hui, il est hors de doute à notre avis que le but du nouvel article 908 est la protection du donateur.

Comme nous l'avons déjà dit pour les autres incapacités, c'est à la loi nationale du donateur qu'il faut accorder la prépondérance en cas de conflit, c'est le donateur qu'il s'agit de protéger ; si la loi paraît créer une incapacité de recevoir, en examinant la disposition on voit que c'est, abstraction faite de ses termes, d'une incapacité de disposer qu'il s'agit ; la loi nationale du donataire n'est pas intéressée dans la question, car ce n'est pas celui-ci que le rapport de droit a pour but de protéger, mais le donateur.

Ainsi, l'incapacité du père le suit partout ; peu impor-

tent la nationalité de l'enfant, le lieu où les biens sont situés, le lieu du contrat.

Un père français ne pourrait donc pas donner entre vifs à son enfant naturel étranger au delà de ce que l'article 908 lui permet de donner, même si les biens donnés étaient situés dans un pays où la loi est plus favorable à l'égard des enfants naturels, même si l'enfant naturel appartenait à cette nation. Réciproquement, un père étranger peut donner à son enfant naturel étranger une part plus grande que celle accordée par le droit français si sa loi nationale le lui permet. M. Weiss repousse cette solution comme contraire à une loi d'ordre public international. Nous croyons que la même solution s'impose si le père étranger donne à son enfant français plus que ne lui accorde la loi française, dans la mesure de sa loi nationale : pareille donation est valable, bien que faite à un enfant français, car son père a pu disposer en sa faveur. M. Weiss ne s'appuie plus ici sur l'ordre public ; il exige la capacité chez les deux parties (1), et dit-il, le donataire français étant incapable de recevoir, la donation n'est pas valable. Nous croyons qu'il s'agit avant tout d'une question de capacité. C'est dans la position respective du père et de l'enfant naturel qu'il faut chercher les motifs de la disposition de l'article 908. La loi, après avoir fixé la part de l'enfant naturel dans la succession légale, craignant que le père ne soit poussé, par des impulsions bien naturelles du reste, à éluder ses prescriptions au moyen d'une disposition à titre gratuit, a cru devoir restreindre la capacité de l'enfant naturel. Ainsi, il apparaît clairement, croyons-nous, que le but principal du législateur a été de protéger le défunt

(1) Voyez aussi Bertauld, *Questions pratiques*, t. I, p. 32.

contre ses propres entraînements ; aussi, en cas de conflit entre la loi nationale du donateur et celle du donataire, c'est à celle-là qu'il faut attribuer compétence, car le rapport en litige a pour but de protéger le donateur.

Indépendamment de ces raisons, nous en trouvons d'autres, meilleures encore peut-être, dans la loi du 25 mars 1896. Elle montre une grande bienveillance à l'égard des enfants naturels ; aussi, aujourd'hui, ne peut-on plus soutenir qu'il s'agit d'une loi d'ordre public, car le nouvel article 908 permet au père de donner à son enfant naturel tout ou partie de la quotité disponible, et si le législateur a cru devoir maintenir l'incapacité en ce qui concerne la donation entre vifs, c'est parce qu'il a pensé que le père se dépouillerait plus facilement par une donation entre vifs que par une donation testamentaire (1).

Aussi, nous estimons que si le père étranger a disposé en faveur de son enfant naturel, conformément à sa loi nationale, la donation est valable ; du moment que la loi nationale du père lui permet de donner à son enfant naturel, celui-ci, fut-il français, n'est pas incapable de recevoir. Quant à la raison tirée de l'ordre public, elle ne s'oppose pas, croyons-nous, à l'application de la loi étrangère, car les bonnes mœurs ne sont pas intéressées directement à ce qu'un étranger ne puisse pas donner à son fils français plus que ne permet l'article 908. M. Pillet (*Clunet*, 1895, p. 506) estime aussi que « l'ordre public français est parfaitement désintéressé à la distribution des biens du défunt entre les membres d'une famille étrangère et si

(1) A vrai dire, on aurait mieux compris le contraire, car on est plus porté à faire des libéralités dans un testament qui ne produit son effet qu'à la mort, que par donation entre vifs qui dépouille actuellement et irrévocablement.

cette répartition intéresse véritablement l'ordre public, ce ne peut être que celui du pays auquel elle appartient ».

M. Despagnet (*Dr. int. privé*, p. 593) admet aussi que c'est la loi nationale du disposant qui doit prévaloir ; seulement, les raisons qu'il donne ne sont pas les mêmes que celles par nous indiquées. Il croit que l'article 908, renvoyant formellement aux règles établies pour le droit de succession *ab intestat* des enfants naturels, doit être considéré comme une sanction de ces règles. Il soutient qu'on se trouve en présence d'une véritable question d'indisponibilité, et non en présence d'une question de capacité. Or comme M. Despagnet admet que c'est la loi nationale du défunt qui régit sa succession *ab intestat* de même que les questions d'indisponibilité, il conclut que c'est la loi nationale du disposant qui doit déterminer l'incapacité de recevoir de l'enfant naturel. Nous ne croyons pas qu'il s'agisse d'une question d'indisponibilité, car si finalement notre disposition — comme toute disposition qui défend à une personne de donner — conserve les biens à celui qu'elle frappe d'incapacité et indirectement à sa famille, il n'en est pas moins vrai que ce n'est pas en vue de ce but que le législateur travaillait, car alors il n'aurait pas permis au père de l'enfant naturel, qui ne laisse pas d'enfants légitimes ni d'ascendants, de donner tous ses biens à des étrangers ; de plus, l'article 908 est placé sous le chapitre II (titre II, livre III) intitulé *de la capacité de disposer et de recevoir*, ce qui prouve que le législateur a

(1) Voyez : Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 122, note a. Lorsqu'il s'agit d'une incapacité relative si le disposant et le gratifié sont soumis à la même loi personnelle, c'est cette loi que nous appliquerions ; que si leur loi personnelle est différente, c'est plutôt la loi du disposant qu'il devra être suivie. — Baudry et Colin, *op. cit.*, t. I, n° 460 ; Brocher, *Cours de Dr. int. privé*, t. II, p. 16.

entendu créer une incapacité et nullement une indisponibilité.

Le Tribunal de Lyon a admis, dans un jugement du 28 août 1869, que les meubles laissés par un Italien mort en France doivent être attribués en totalité à ses enfants naturels, à défaut de descendants, d'ascendants légitimes et de conjoint, conformément à la loi italienne ; le tribunal n'a donc pas considéré comme d'ordre public international la disposition de l'article 757 du Code civil qui fixe la part des enfants naturels dans la succession de leur père ; ce qui nous amène à croire que sans doute, si le père avait avantagé ses enfants naturels de son vivant au delà de ce que lui permet le droit français, la donation aurait été maintenue. La Cour de Lyon, par arrêt du 21 juin 1871 (1), confirma ce jugement.

Les dispositions qui restreignent la capacité de recevoir des enfants adultérins et incestueux rentrent aussi dans le statut personnel. Tous les auteurs du reste ne distinguent pas l'incapacité des enfants adultérins et incestueux de celle des enfants naturels simples ; qu'il s'agisse de l'une ou de l'autre ils donnent les mêmes solutions, soit qu'il considère cette incapacité comme régie par le statut personnel, soit qu'il la considère comme une disposition d'ordre public.

Laurent (t. IV, p. 377) seul distingue : à ses yeux l'incapacité des enfants adultérins et incestueux est une disposition d'ordre public, et il fait rentrer cependant l'incapacité des enfants naturels dans le statut personnel ; il base sa distinction sur la rigueur excessive dont sont frappés par le Code les enfants adultérins ou incestueux. Il estime que l'article 908 du Code civil qui défend au père de leur

(1) Sirey, 1872, II, 201.

donner plus que des aliments, le suit à l'étranger et qu'en même temps il s'applique aux libéralités qu'un père étranger aurait faites à son enfant adultérin ou incestueux sur des biens situés en France. Nous croyons qu'il n'y a pas lieu de faire cette distinction, car c'est toujours sur des considérations tirées du rapport existant entre le père et l'enfant que nous faisons reposer cette incapacité.

L'article 911 dispose que toute disposition au profit d'un incapable sera nulle, soit qu'on la déguise sous la forme d'un contrat à titre onéreux, soit qu'on la fasse sous le nom de personnes interposées ; il énumère *in fine* les personnes réputées interposées. Nous admettons la façon de voir de M. Brocher (t. II, p. 23) qui s'exprime ainsi : « Cette disposition, manifestement destinée à garantir la stricte application de celles qui précèdent, se présente comme un accessoire de chacune de celles auxquelles elle se rapporte directement ; elle rentre, en conséquence, sous la même compétence internationale, parce qu'elle appartient au même statut. » Nous estimons donc que cette disposition doit être régie par la loi dont dépendent les incapacités qu'elle sanctionne, c'est-à-dire la loi nationale du donateur.

§ 5. — De l'incapacité de recevoir des personnes non conçues.

Les personnes non conçues sont frappées, en droit français, d'une incapacité absolue de recevoir. L'article 906, alinéa 1, s'exprime ainsi : « Pour être capable de recevoir entre vifs, il suffit d'être conçu au moment de la donation », et l'alinéa 3 du même article ajoute : « Néanmoins la donation et le testament n'auront leur effet qu'autant que l'enfant sera né viable. »

La disposition du premier alinéa de notre article ne fait qu'une application d'une règle générale de droit, qu'il faut

exister pour jouir d'un droit ; or l'enfant non conçu n'existant pas, on s'explique que l'article 906 l'ait déclaré incapable de recevoir entre vifs. En ce qui concerne le principe même, nous ne croyons pas qu'il puisse soulever des conflits, car nous ne pensons pas qu'un législateur puisse admettre le principe contraire, c'est-à-dire reconnaître aux personnes non conçues la capacité d'être sujets de droit. Dans la donation, comme dans tous les contrats, nous rencontrons une sollicitation suivie de l'acceptation : or, quand l'offre de donner est faite à une personne qui n'existe pas encore, cette personne se trouvant dans l'impossibilité d'accepter, le contrat de donation ne peut pas se former.

Cependant si, sur le principe même, il ne peut pas y avoir désaccord entre les différentes législations, il n'en est pas de même des applications pratiques : nous en trouvons la preuve dans le Code civil italien. D'après cette loi, les enfants non encore conçus, à naître d'une personne déterminée, peuvent recevoir par donation. Le père ou tout autre ascendant acceptera la donation (1).

Supposons qu'un Français ait fait une donation à un enfant non encore conçu, à naître d'un italien, son parent, et qu'une contestation s'élève quant à la validité de cette donation ; peu importe, du reste, la nationalité du tribunal devant lequel la contestation sera portée, car nous devons trouver un principe de décision tel qu'il puisse être appliqué partout ; peu importe aussi la loi de la situation des biens si la donation porte sur des immeubles.

Le conflit naît entre les dispositions contraires de la loi française qui décide qu'on ne peut pas donner aux personnes non conçues et la loi italienne qui, dans l'espèce admet le contraire.

(1) *Code civ. ital.*, art. 746, 1053 et 1059, al. 4.

Le conflit existe entre deux lois de protection individuelle, rentrant, par conséquent, dans le statut personnel des personnes intéressées. Quant à la disposition de la loi italienne, il ne peut pas y avoir de doute sur ce point ; elle consacre une exception à la règle générale qui frappe d'incapacité les personnes non conçues ; quel peut donc être le but social d'une pareille loi, sinon de protéger les enfants à naître ; elle les met dans une situation particulièrement favorable, en permettant à leurs ascendants d'accepter une donation à eux faite avant même qu'ils soient conçus.

En ce qui concerne la loi française, elle consacre une incapacité de recevoir pour les enfants non conçus ; mais en examinant son but social, nous arrivons à cette conclusion que le législateur français n'a édicté cette incapacité que dans l'intérêt du donateur afin d'empêcher qu'il ne se dépouillât trop facilement en escomptant l'éloignement de l'échéance.

Ayant ainsi déterminé la nature extra-territoriale des lois en présence, à laquelle des deux convient-il de donner la préférence ? A la loi nationale du donateur, ou bien à celle du donataire.

Nous croyons que c'est la loi nationale du disposant qu'il faut déclarer applicable, car le rapport de droit en question a pour but social de protéger le donateur. La donation dont il s'agit sera nulle, car le donateur, d'après son statut personnel, n'avait pu disposer au profit d'un enfant non conçu, quel qu'il soit ; si la donation a été faite par un Italien en faveur des enfants à naître d'un Français, elle sera valable, le donateur ayant la capacité de faire une pareille donation d'après sa loi personnelle. Nous avons déjà reproduit l'alinéa 3 de l'article 906, aux termes duquel la donation ou le testament fait en faveur d'un

enfant conçu n'aura d'effet qu'autant que l'enfant sera né *viable* ; les lois anglaise et allemande n'exigent pas cette condition.

Des conflits sont donc possibles : Comment les résoudre ? Tout ce que nous avons dit relativement aux enfants non conçus s'applique aussi aux enfants nés non viables. C'est toujours à la loi nationale du donateur que nous attribuons compétence, si elle est en contradiction avec la loi personnelle du donataire, et pour les mêmes raisons.

M. Brocher soutient cependant que notre disposition ne doit pas rentrer sous les règles ordinaires du statut personnel. Il s'agit, dit-il, « moins de l'état que de l'existence juridique de la personne, et cette incapacité résultant de la nature même de l'institution dont il s'agit, semble devoir être soumise à la même compétence que celle-ci ». Or, M. Brocher, ayant déjà posé le principe que les donations, exceptions permises à la succession légale, doivent être soumises à la compétence de la même loi, arrive à la conclusion que la disposition de l'article 906 doit être régie par le droit français, toutes les fois que les biens sur lesquels porte la donation seraient eux-mêmes régis par le droit français, en tant que faisant partie de la succession ; et il maintient cette solution quelle que soit la nationalité des héritiers. S'il était démontré que la disposition de l'article 906 est destinée à la protection de la succession légale, nous admettrions cette façon de voir, car elle ne fait qu'attribuer compétence à la loi à laquelle incombe le soin de protéger le rapport de droit dont il s'agit ; mais, comme nous l'avons déjà dit, la condition de l'article 906 a pour but de protéger le donateur et, en conséquence, c'est la loi nationale qui est applicable, à notre sens.

MM. Weiss et Laurent attribuent compétence à la loi nationale du donataire, parce qu'il s'agit d'une question de capacité, et qu'en tant qu'il s'agit de la capacité de recevoir du donataire, c'est seulement sa loi nationale qu'il faut envisager. Ainsi, d'après M. Weiss (1), sera valable en France la donation ou le legs fait par un Français au profit de l'enfant, même non encore conçu, qui naîtra d'un Italien. La conséquence extrême du système est la suivante : ce qu'un Français ne pourrait faire en faveur de l'enfant à naître d'un Français, il peut le faire en faveur d'un Italien.

**§ 6. — De l'incapacité de recevoir des personnes
de mainmorte.**

L'article 910 s'exprime ainsi : « Les dispositions entre vifs ou par testament, au profit des hospices, des pauvres d'une commune, ou d'établissements d'utilité publique, n'auront leur effet qu'autant qu'elles seront autorisées par une ordonnance royale. »

Nous ne croyons pas qu'il rentre dans le cadre restreint de notre travail de discuter la question de savoir si une personne morale étrangère de la nature indiquée par cet article a une existence juridique en France tant qu'elle n'a point été reconnue par les autorités françaises. Nous nous rattachons à l'opinion soutenue par un grand nombre d'auteurs et consacrée par un avis du Conseil d'État du 12 janvier 1854 d'après laquelle tout établissement d'utilité publique étranger constituant régulièrement une personne a qualité pour exercer ses droits en France (2).

(1) A. Weiss, *Dr. int. pr.*, 2^e éd., p. 705.

(2) Dans ce sens : Brocher, *Traité de droit international privé*, I, p. 185 ; Fœlix sur Demangeat, *Traité de droit international privé*, I,

En admettant la capacité des établissements publics étrangers on se demande si la capacité spéciale de recevoir par donations entre vifs ou par testament est, comme celle des établissements analogues français, subordonnée à l'autorisation du gouvernement? Les auteurs sont tous d'accord sur ce point, ils considèrent l'autorisation du gouvernement français comme indispensable (1).

Cette autorisation est exigée en vue d'un intérêt social, pour empêcher une trop grande accumulation des biens de mainmorte. La disposition rentre donc dans la catégorie des lois d'ordre public et, comme telle, elle doit prévaloir en face de la disposition contraire d'une loi étrangère. Ainsi, une commune ou une administration d'utilité publique étrangère ne peut recevoir en France sans autorisation du gouvernement, alors même que la loi du pays auquel elle appartient n'exige rien de pareil ; dans le cas contraire, elle aurait besoin d'une double autorisation : celle du gouvernement du pays où elle a à exercer des droits et celle du gouvernement du pays auquel elle appartient (2).

p. 65 ; Ducrocq, *Cours de droit administratif*, p. 1599 et 1600. *Contrà* : Laurent, VI, n° 126 ; Weiss, *Traité de droit international privé*, p. 145.

(1) Bertauld, *Conclusions pratiques*, I, p. 113 ; Weiss, p. 859 ; Despagne, *Précis de droit international privé*, p. 594, n° 696 ; Brochet, II, p. 23 ; Laurent, VI, n°s 205 et suiv. ; Savigny, *Droit romain*, VIII, § 377. Avis du Conseil d'Etat du 12 janvier 1854, S. 1855.2.800.

(2) V. *Clunet*, 1895, p. 788. Affaire de la commune de Sostegno (Italie). Des documents officiels échangés il résulte : qu'une commune étrangère peut recevoir le don ou le legs à elle fait par un donateur ou testateur, français ou étranger, de biens meubles ou immeubles situés en France, à la condition d'être autorisée à l'accepter par le Conseil d'Etat, en outre de l'autorisation par elle obtenue auprès de ses autorités nationales.

§ 7. — De l'incapacité de donner et de recevoir des condamnés à une peine afflictive perpétuelle.

C'est l'article 3, 1^o de la loi du 31 mai 1854, abolitive de la mort civile, qui consacre cette incapacité.

Aux termes de ce texte : « Le condamné à une peine afflictive perpétuelle ne peut disposer de ses biens, en tout ou en partie, soit par donation entre vifs, soit par testament, ni recevoir à ce titre si ce n'est pour cause d'aliments. » Ainsi, en 1854, la mort civile disparut du droit français, mais le législateur a maintenu l'incapacité de donner et de recevoir qui frappait le mort civil, pour les condamnés à une peine afflictive perpétuelle.

En d'autres pays, comme en Italie, par exemple, le condamné à une peine perpétuelle ne perd que les droits politiques, mais non les droits civils ; et comme il est impossible aux condamnés de les exercer, la loi y pourvoit en ordonnant la nomination d'un curateur aux biens.

De la variété des lois en cette matière, peuvent naître de graves conflits.

Comment résoudre par exemple la question suivante : un Italien est condamné en France à une peine afflictive perpétuelle. Quel sera le résultat de cette condamnation quant à sa capacité de donner et de recevoir (ou mieux quant à sa capacité civile) ? Doit-elle être réglée par la loi française qui le déclare incapable de donner, ou par la loi italienne, sa loi nationale, qui ne le frappe pas d'incapacité ? On peut envisager aussi l'hypothèse inverse. Un Français encourt en Italie une condamnation à une peine perpétuelle. Sera-t-il frappé, en France, de l'incapacité de donner et de recevoir pour cette condamnation encourue à l'étranger comme il le serait pour une condamnation du

même ordre prononcée en France ? Ce même condamné pourra-t-il aussi donner et recevoir en Italie ?

L'opinion courante en France, basée sur le principe de la territorialité des jugements d'une part, et sur celui de la territorialité des peines d'autre part, soutient :

1° Qu'il faut appliquer aux étrangers condamnés en France les peines accessoires attachées aux condamnations criminelles prononcées contre eux.

2° Que les incapacités résultant d'un jugement criminel rendu à l'étranger n'ont en France aucun effet.

Dans cette opinion, on considère l'incapacité qui frappe le condamné comme une peine que le magistrat prononce en même temps que la peine principale. Si l'incapacité est une peine, il faut lui reconnaître tous les caractères des dispositions pénales : d'un côté, la loi pénale oblige tous ceux qui se trouvent sur le territoire et, par conséquent, elle s'applique aux étrangers comme aux nationaux ; d'un autre côté la loi pénale, étant une loi d'ordre public, de conservation sociale, est une loi territoriale et, par conséquent, dans le commerce international, son application est strictement maintenue dans les limites du territoire.

Nous ne croyons pas qu'il faille regarder l'incapacité en question comme une *peine* ; nous la considérons comme une déchéance prononcée par la loi, non pas dans l'intérêt de la société, mais dans celui de la famille du condamné. M. Pillet (1), parlant des incapacités qui frappent les condamnés s'exprime ainsi : « Ces déchéances, que l'on a coutume d'appeler des peines accessoires, ne sont pas de véritables peines et ne peuvent, en aucune façon, soute-

(1) Pillet, *De la déchéance de la puissance paternelle considérée au point de vue du droit international*, Clunet, 1892, p. 17.

nir la comparaison avec les peines principales. » Le but social poursuivi par le législateur, en frappant le condamné de l'incapacité de disposer, n'a pas été d'aggraver la peine ; (en quoi une pareille incapacité peut-elle d'ailleurs sérieusement aggraver une peine perpétuelle ?) mais de protéger la famille contre l'ingérence plutôt funeste qu'utile du condamné dans les affaires des siens. Cette incapacité est donc une disposition de la loi tendant à modifier, dans l'intérêt de la famille, la capacité juridique du condamné (1) ; or, il est admis, en droit international privé, que chaque famille a un droit particulier déterminé par sa loi nationale ; notre disposition rentre donc dans le statut personnel du condamné et doit être régie par sa loi nationale.

Nous ne croyons pas que l'ordre public s'oppose à l'application de la loi nationale de l'étranger condamné. Ce qu'il exige, c'est qu'un délinquant, abstraction faite de sa nationalité, soit jugé et puni d'après la loi du lieu où le délit a été commis, car la peine est territoriale. Mais en tant que notre incapacité n'est pas une véritable peine, nous croyons que l'ordre public n'est plus intéressé dans la question et qu'on doit attribuer compétence à la loi nationale du condamné. Si cette disposition était une loi de protection sociale, c'est la société qui devrait souffrir en premier lieu si on ne l'appliquait pas ; mais il est clair que c'est surtout la famille du condamné qui souffrirait s'il jouissait d'une capacité juridique pleine et entière. Cela posé, nous pouvons répondre aux deux questions indiquées.

Si un Italien est condamné en France à une peine perpétuelle, sa capacité civile devra être réglée par sa loi na-

(1) M. Pillet considère l'incapacité de donner et de recevoir comme une véritable peine et, comme telle, strictement *territoriale*, *loc. cit.*, p. 18.

tionale ; il sera donc capable de donner et de recevoir en France.

Si un Français encourt en Italie une condamnation à une peine perpétuelle, sa capacité juridique sera réglée par sa loi nationale ; il sera donc incapable de donner et de recevoir aussi bien en France qu'en Italie.

Conformément à ce que nous venons de dire plus haut, nous croyons avec M. Weiss (1) que l'incapacité, qui résulte de la mort civile prononcée contre un étranger par sa *juridiction nationale*, invalidera la donation ou le testament fait par lui, alors même que la donation porterait sur des biens situés en France ; ce qui est d'ordre public en France, c'est le principe même de la mort civile ; c'est par sa généralité qu'elle peut blesser les idées admises en France sur cette matière ; mais en tant qu'elle engendre l'incapacité de donner ou de tester, elle n'a rien de contraire à l'ordre public français, du moment que la loi de 1854, qui a aboli la mort civile, frappe d'une incapacité semblable les personnes condamnées à une peine afflictive perpétuelle.

M. Weiss distingue suivant que le condamné a été frappé par une juridiction étrangère ou bien par sa juridiction nationale.

Dans le premier cas (2), l'auteur estime que les incapacités

(1) Weiss, p. 859.

M. Brocher, I, p. 171, estime aussi que les conséquences de la mort civile, qui prises individuellement n'auraient rien de contraire à l'ordre public, doivent être reconnues en France ; M. Antonie (*De la succession en droit international privé*, p. 86) considère les incapacités résultant de la mort civile comme rentrant dans le statut personnel ; Demangeat (*Histoire de la condition civile des étrangers en France*) soutient aussi que l'étranger frappé de mort civile dans son pays est affecté en France de l'incapacité que sa loi personnelle attache à cet état.

(2) Weiss, p. 620 et suiv.

prononcées contre le condamné ne le suivront pas hors du pays où elles l'ont frappé ; elles ne peuvent pas rentrer dans son statut personnel, parce qu'elles ne reposent que sur des considérations tirées de la souveraineté territoriale du pays où le délit a été commis et où il a été jugé et puni. M. Pillet (1) croit qu'alors même que le condamné a été frappé par une juridiction étrangère, si cette juridiction a appliqué les incapacités résultant de la loi nationale du condamné, elles rentrent dans le statut personnel, et le condamné sera incapable partout où l'on se prévaudra du jugement prononcé contre lui ; nous admettons cette façon de voir.

Dans le second cas, lorsque le condamné a été frappé par sa juridiction nationale, les incapacités encourues pourront lui être opposées en pays étranger, car les restrictions apportées par le magistrat à sa capacité rentrent dans le statut personnel qui le suit partout.

Mais si la mort civile frappait un étranger à raison de sa religion, de sa race ou d'une proscription politique, l'étranger serait pleinement capable de disposer en France, car les incapacités résultant de la mort civile reposent dans ce cas sur des considérations contraires à l'ordre public français.

Laurent (2) estime que la mort civile dont est frappé un étranger ne doit avoir aucun effet en France, parce qu'elle est contraire à la liberté et au droit inaliénable qu'elle confère à l'homme et parce qu'elle viole le droit le plus essentiel de l'homme, le droit à la vie.

L'opinion qui semble prévaloir devant les tribunaux

(1) Pillet, *loc. cit.*, p. 27.

(2) *Op. cit.*, t. VI, p. 319.

français, c'est que l'incapacité résultant d'un jugement criminel constitue une peine qui ne peut par suite être invoquée en dehors du pays dans lequel a été rendu le jugement dont elle résulte (1).

(1) Dans ce sens : 1° Cass., 14 avril 1868 (S. 68.1.183) qui décide que les condamnations qui, d'après l'article 15 du décret organique du 2 février 1852, entraînent l'incapacité électorale, doivent s'entendre seulement des condamnations prononcées par les tribunaux français et non de celles prononcées par les tribunaux étrangers. Cet arrêt réforme un jugement du juge de paix de Wassigny (Aisne) du 24 février 1868 ; 2° Cass., 30 avril 1885 (*Journal du droit international privé*, 1887, p. 603), qui pose en principe que les condamnations prononcées par les tribunaux étrangers sont sans application en France, et qu'elles ne peuvent entraîner la déchéance des droits électoraux ; ce principe reçoit exception au cas où le pays dans lequel la sentence a été rendue vient à être annexé au territoire de la France.

CHAPITRE II

DE LA FORME DES DONATIONS.

§ 1^{er}. — De la règle « *locus regit actum* » et de son caractère.

Il est un principe de droit international, que presque tout le monde reconnaît aujourd'hui comme incontestable, c'est que les actes juridiques, notamment les contrats, ont un effet international, si ayant été passés à l'étranger, les parties ont employé la forme prescrite par la loi du pays où l'acte est accompli. On exprime cette règle dans l'adage *locus regit actum*. Ce principe, qui régit la forme des donations entre vifs comme celle des autres contrats et actes juridiques, est né des nécessités de la vie pratique dans le commerce international : en effet, le besoin d'assurer l'accomplissement en tout lieu des actes de la vie juridique d'une part, et le fait qu'une personne absente de son pays ne peut ordinairement employer les formes prescrites par sa loi personnelle d'autre part, ont été les facteurs qui ont puissamment contribué à l'établir ; c'est cette nécessité pratique qui a fait reconnaître la validité de tout acte passé dans la forme prescrite par la loi du pays où il est intervenu.

La règle *locus regit actum* remonte à une époque lointaine ; elle était admise par les statutaires italiens (1).

(1) Bartole admettait déjà la prépondérance de la loi du lieu où l'acte a été passé en ce qui concerne sa forme.

Alberic de Rosate enseigne qu'un testament fait à Venise par un citoyen de Bergame, dans les formes requises par le statut de Venise, doit être pleinement valable à Bergame. De l'école italienne la règle passa dans les écoles française et hollandaise ; mais ce ne fut pas sans difficultés (1), car notre règle méconnaissait et heurtait le principe de la *territorialité des coutumes*, principes solidement assis grâce au régime féodal. En effet, elle conduisait à admettre qu'un acte, — pourvu qu'il ait satisfait aux conditions de formes établies par la coutume du lieu où il est passé — peut produire ses effets sur le territoire d'une autre coutume. C'est surtout quant aux immeubles que la conciliation était difficile, car à cette époque où l'on admettait que tout ce qui concerne les immeubles est de statut réel, on ne pouvait se résoudre facilement à accorder effet à des actes passés dans le territoire d'une coutume sur les immeubles soumis à l'empire d'une autre coutume. Malgré cette résistance, la règle *locus regit actum* s'imposa et triompha des coutumes, car elle répondait à une véritable nécessité. Aussi Dumoulin constate-t-il que l'opinion était unanime à l'admettre et il ajoute qu'elle doit s'appliquer à tous les actes juridiques (2).

D'Argentré soutenait que notre règle n'avait plus empire quand il s'agissait d'actes produisant effet sur des immeubles, et accordait compétence à la *lex rei situs*. L'opinion de Dumoulin prévalut et beaucoup d'auteurs admirent sa façon de voir.

(1) Lainé, *Introduction au Droit international privé*, t. I. p. 329 et suiv.

(2) La question ne fut discutée au début qu'en ce qui concerne les testaments pour lesquels la règle avait probablement le plus d'importance à l'époque des statutaires italiens. Dumoulin en généralisa l'application.

D'autres auteurs, tels que Cujas en France et Burgundus en Hollande, soutenaient des opinions différentes. Cujas voulait que le testateur suivît la loi du lieu de son domicile ; Burgundus au contraire se prononçait en faveur de la loi de la situation des biens. Mais cette résistance ne dura pas longtemps et, à partir de la seconde moitié du XVII^e siècle, la règle était admise sans opposition en France, en Allemagne et dans les Pays-Bas.

§ 2. — **Application de la règle « *locus regit actum* » aux contrats solennels, spécialement à la donation.**

La question de savoir si la solennité exigée par la législation française pour la validité de certains actes ou contrats rentre sous la compétence de la règle *locus regit actum* a soulevé de vives controverses ; elles se sont surtout élevées à l'occasion des dispositions à titre gratuit, — donations entre vifs et testaments — pour la validité desquelles la loi exige l'authenticité. On s'est demandé si la donation passée par un Français à l'étranger, dans la forme privée — la loi anglaise, par exemple, n'exige pas la forme authentique — conformément à la loi du pays où elle intervient, est valable quant à la forme. Si la donation a été passée dans la forme authentique du pays où elle intervient, tout le monde reconnaît sa validité. La question ne se pose donc que lorsque le Français ou l'étranger, dont la loi nationale exige l'authenticité, a passé l'acte de donation dans la forme privée autorisée par la loi locale.

Laurent soutient que la règle *locus regit actum* ne doit pas recevoir une application relativement aux actes et contrats solennels tels que la donation, le contrat de mariage, le testament. Il croit qu'un contrat solennel, pour lequel la loi française prescrit l'authenticité, ne pourrait

pas être passé à l'étranger en la forme privée, conformément aux lois locales. Il distingue les formes prescrites pour les actes solennels des formes prescrites pour les autres actes. Il s'exprime ainsi (1) : « Quand les parties rédigent un acte de vente, il est évident que la forme de l'acte n'a rien de commun avec le fond, avec le contrat. Mais en est-il de même de la donation ? Non certes, puisque, d'après les termes formels de l'article 1339, le vice de forme entraîne non seulement la nullité de l'écrit, mais encore la nullité, il y a plus, la non-existence de la donation. Le vice, à vrai dire, n'est pas dans la forme, il est dans le consentement, ce qui concerne évidemment le fond ; en effet, dans les contrats solennels, le consentement n'existe que quand il est exprimé dans les formes voulues par la loi ; quand ces formes n'ont pas été observées, il n'y a pas de consentement et, partant pas de contrat. » Il conclut ainsi : « Dans les contrats solennels, la forme tenant au consentement est régie par *la loi personnelle*. Si cette loi exige l'authenticité, il faut qu'à l'étranger on fasse un acte authentique, alors même que la loi du lieu où l'acte se passe admettrait l'écrit sous seing privé ; mais quant aux formes dans lesquelles un acte doit être reçu pour qu'il soit authentique, on appliquera l'adage *locus regit actum*. Quand la loi personnelle n'exige pas l'authenticité, on se contentera d'un acte sous seing privé. »

Ainsi Laurent décide, dans ses *Principes du droit civil*, que c'est la loi personnelle du donateur qu'on doit consulter pour savoir si un étranger peut passer une donation dans la forme privée. Le même auteur adopte cependant une opinion diamétralement opposée sur la même ques-

(1) Laurent, *Principes du dr. civ.*, t. I, n° 99, p. 154.

tion dans le *Droit civil international* (II, p. 436, n° 241), où il soutient que la solennité des donations, à la différence de la solennité du contrat de mariage, dépend de la loi de la situation des biens et non pas de la loi personnelle du donateur. Voilà en quels termes il justifie cette seconde opinion : « Les donations dépouillent les familles ; quand la libéralité est faite dans un esprit de bienfaisance, le donateur est dans son droit, pourvu qu'il ne dépasse pas le disponible ; mais il y a un écueil et un danger, c'est la séduction, la captation qui assiègent le donateur et qui lui arrachent des libéralités, aux dépens de la famille, trop souvent au profit de congrégations religieuses incapables de recevoir. Il faut des garanties pour la société, il en faut pour les individus. Le législateur doit donc intervenir, dans un intérêt social ; c'est dire que les droits de la société sont en cause, et, partant, le statut est réel. » Nous n'entreprendrons pas de réfuter cette dernière opinion, car nous croyons, ainsi que nous tâcherons de le prouver plus loin, que même s'il était admis que la solennité des donations échappe à l'application de la règle *locus regit actum*, c'est à la loi personnelle du donateur qu'il faut attribuer compétence pour décider de la solennité et nullement à la loi du lieu où les biens donnés sont situés.

Revenons donc à la question posée, c'est-à-dire à celle de savoir si la donation, en particulier, et les autres contrats solennels en général échappent à l'application de la règle *locus regit actum*. L'opinion soutenue par Laurent (1),

(1) Laurent invoque à l'appui de sa thèse l'autorité du président Bouhier (*Coutume de Bourgogne*, ch. 28, n° 15, p. 65). La coutume de Bourgogne exigeait pour la validité des testaments olographes une suscription ; Bouhier se demande si le testament fait par un Bourguignon qui se trouve à Paris, conformément à la coutume locale,

est aussi celle de Bertauld (1) qui, critiquant la jurisprudence, soutenait que la maxime *locus regit actum* n'a trait qu'aux formalités dont le but est la preuve du fait juridique, formalités qui n'altèrent en rien la règle de la capacité et des garanties de la capacité.

La jurisprudence et la doctrine, à l'opinion desquelles nous nous rangeons, sont d'un avis contraire.

Tous les auteurs reconnaissent le caractère d'utilité pratique de notre règle : celle-ci ne trouve pas son fondement dans un principe de droit et, ainsi que le dit M. Pillet, malgré l'autorité incontestable de la maxime, elle n'est pas plus facile à expliquer rationnellement aujourd'hui qu'autrefois ; aussi, en face d'une règle d'utilité internationale, nous croyons que les raisons exposées par Laurent ne doivent pas prévaloir. C'est un motif d'utilité pratique qui a fait établir notre maxime : il a autant de force à l'égard des actes authentiques et solennels que des actes sous seing privé. Si, en effet, les actes solennels étaient soustraits à l'application de la règle *locus regit actum*, il arriverait souvent, qu'en fait, on ne pourrait pas les accomplir loin de son pays. « Peut-être, dit M. Weiss (2), n'existe-t-il sur le territoire où le Français veut opérer sa donation aucun officier public ayant compétence pour lui donner l'authenticité, et, en admettant même qu'il n'en soit pas ainsi, rien ne prouve que le notaire étranger ne

c'est-à-dire sans aucune suscription, est valable. Il est d'avis que le testament ne vaudra pas, faute de suscription, pour la raison que c'est une forme extrinsèque exigée pour assurer la date des testaments.

(1) *Questions pratiques et doctrinales*, t. I, n° 154. Dans le même sens : Duguit, *Des conflits de législations relatifs à la forme des actes civils*, p. 112 et ss. ; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations et Testaments*, t. II, p. 155 et suiv.

(2) A. Weiss, *Droit international privé*, p. 553.

refusera pas son ministère au donateur français, à raison de son extranéité. La solution de la question se rattache donc étroitement au point de savoir quel est le fondement rationnel de la règle *locus regit actum*; et lorsqu'il sera démontré que cette règle se justifie avant tout par la nécessité internationale de permettre à la personne d'accomplir en tout lieu les actes de la vie juridique, son application même aux contrats solennels ne sera pas douteuse. »

M. Pillet (1) qui, avec juste raison, s'est élevé en ce qui concerne l'autonomie de la volonté, contre la trop grande liberté laissée aux parties en matière de contrats, qui se préoccupe de conserver à chaque loi dans le commerce international son maximum d'effet, reconnaît cependant que la règle *locus regit actum* s'applique aux actes solennels, alors même que l'intéressé n'aurait pu se dispenser de la solennité dans son propre pays : « La maxime a nécessairement pour résultat de dépouiller à l'extérieur une loi du caractère obligatoire qu'elle présente dans son application à l'intérieur. C'est un mal évidemment, mais un mal infiniment moins grand que celui qu'entraînerait la suppression de cette maxime. Les motifs qui ont fait triompher la maxime ne sont pas moins forts pour les actes authentiques que pour les actes privés. » M. Despagne (p. 354) reconnaît lui aussi que l'application de la règle *locus regit actum* aux actes solennels, la possibilité, par conséquent, de faire ces actes en la forme privée si la loi locale le permet, sont commandées par la nécessité même (2).

(1) A. Pillet, Essai d'un système pour la solution des conflits de lois. *Journal de droit international privé*, 1895, p. 951.

(2) Dans le même sens : Demolombe, t. 1, p. 121 ; Aubry et Rau, § 31, p. 110 ; Fœlix, t. 1, nos 73 et suiv. ; Fiore, p. 489 ; Asser et Rivier, n° 27 ; Brocher.

Nous sommes à même de répondre, à présent, à la question de savoir si la donation faite par un Français, en Angleterre, dans la forme privée, est valable. Oui certes, car le Français qui a employé la forme privée n'a fait qu'user de la maxime *locus regit actum* ; et les actes faits conformément à notre règle jouissent d'une autorité pleine et entière dans le commerce international.

La jurisprudence admet la validité des donations passées par acte sous seing privé conformément à la loi du lieu où la donation intervient (1).

Nous avons vu que, d'après l'opinion généralement admise aujourd'hui, l'acte fait conformément à la loi du lieu où il intervient est valable partout, même dans le pays auquel appartiennent les parties, alors même que leur loi nationale exigerait la forme solennelle pour la validité de l'acte. Une question discutée aujourd'hui est celle de savoir si la règle *locus regit actum* s'applique alors même

(1) Paris, 11 mai 1816 (S. 1817.II.40). La Cour de Paris décide par cet arrêt qu'une donation sous seing privé faite, entre Français, en pays étranger, dans un contrat de mariage de date certaine, a effet en France, entre les parties ou leurs héritiers, si les donations dans cette forme sont permises dans le lieu du contrat (Angleterre). Une donation faite par des Français par actes sous seing privé en Bavière est valable. Paris, 22 novembre 1828 (S. 1829.5.77) ; Cass., 31 janvier 1832 (S. 1832.I.220) ; Cass., 22 mai 1850 (S. 1852.I.566) ; Cass., 11 juillet 1855 (S. 1855.I.699) ; Cass., 18 avril 1865 (S. 1865.I.317). Le contrat de mariage d'un Français résidant dans les Echelles du Levant (à Constantinople), est valablement passé par acte sous seing privé, la loi fiscale autorisant l'emploi de cette forme ; ici s'applique la maxime *locus regit actum*. La fiction d'exterritorialité qui résulterait des capitulations en ce qui concerne les Français habitant les Echelles du Levant ne saurait avoir pour conséquence de leur imposer nécessairement l'obligation de se soumettre à la loi française pour les actes qu'ils passent dans ce pays. — Il en est ainsi surtout quant aux contrats de mariage passés entre Français et étrangers.

qu'une personne se serait rendue à l'étranger pour y passer un acte suivant les formes locales, dans le but de se soustraire par fraude aux formalités plus ou moins rigoureuses dont sa loi nationale entoure certains actes.

Supposons qu'un Français se rend intentionnellement à Londres pour y passer une donation dans la forme privée conformément à la loi anglaise pour échapper aux solennités requises par la loi française. Cette donation sera-t-elle valable, conformément à la règle *locus regit actum* ?

La plupart des auteurs enseignent aujourd'hui que l'acte fait en fraude de la loi nationale n'est pas valable, et cette opinion est celle qui tient le plus compte du caractère d'utilité pratique qu'on assigne à notre règle. Les lois sur la forme des actes sont des lois obligatoires, puisque les formes ne sont pas laissées à la volonté des parties ; de plus ces lois nous paraissent être des lois de protection individuelle et comme telles extra-territoriales. Si, pour faciliter le commerce international, on a permis aux intéressés de passer leurs actes à l'étranger conformément à la loi locale, c'est par nécessité, pour ne pas les mettre dans l'impossibilité de passer certains actes hors de leur pays ; ce serait diminuer l'autorité de la loi que de permettre aux parties de se soustraire frauduleusement à l'application des formalités prescrites par leur loi nationale. M. Pillet (Cf. 1893, p. 931), qui admet cette façon de voir, s'exprime ainsi : « Notre maxime a été introduite dans un but de commodité pour faciliter les relations internationales. C'est par égard pour cet objet que l'on a apporté une certaine atténuation aux caractères obligatoires des lois qu'elle concerne. Mais cet objet serait singulièrement dépassé, et cette commodité entièrement dé-

naturée, si l'on permettait au premier venu de s'en servir pour repousser le fardeau d'une obligation qui lui pèse et à laquelle il souhaite de se soustraire. » L'auteur ajoute avec raison que ce serait détourner la maxime de son véritable sens que de vouloir l'appliquer à une hypothèse dans laquelle elle ne servirait qu'à encourager la fraude. On peut remarquer enfin que, d'après la maxime *fraus omnia corrumpit*, tout acte fait en fraude de la loi est nul (1).

Quant à la sanction, c'est à la loi nationale de l'intéressé qu'il faut en appeler ; ainsi la donation faite dans l'hypothèse prévue plus haut est nulle, parce que les formalités prescrites par la loi française sont exigées à peine de nullité.

Aux arguments que nous venons d'exposer, l'opinion contraire objecte qu'il n'y a point de fraude à faire ce que la loi permet ; celui qui use de son droit ne commet pas de fraude. Les intéressés qui passent à l'étranger un certain acte peuvent, à leur choix, suivre les prescriptions de leur loi nationale ou celle de la loi locale ; s'ils se conforment à cette dernière, ils ne font qu'user d'une faculté légale qui leur appartient. Mais cette opinion ne tient compte ni du caractère obligatoire des lois sur la forme des actes, ni des motifs qui ont fait introduire notre maxime. On argumente aussi de la difficulté d'établir la fraude ; comment savoir si, en se rendant en pays étranger, l'intéressé a eu précisément pour but d'échapper aux prescriptions de sa loi nationale, ou s'il a été guidé par quelque autre motif ? Incontestablement la preuve de la fraude sera,

(1) Dans le même sens ; Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 178 ; Laurent, *Dr. civil international*, t. VI, p. 432 et s., n° 239 ; Despagnet, 1^{re} édit., p. 279, n° 275 ; Aubry et Rau, t. I, p. 113 ; Surville et Arthuys, p. 219, 196.

dans certains cas, très difficile ; mais si l'on parvient à l'établir, les parties ne pourront plus invoquer la maxime *locus regit actum* (1).

§ 3. — La règle « *locus regit actum* » est-elle impérative ou facultative ?

Le seul fait de poser cette question nous met dans l'obligation de déterminer quelle loi serait applicable au cas où nous déciderions que notre règle n'est que facultative.

Pour l'école italienne, qui part du principe que la personnalité des lois est la règle et qui considère notre maxime comme une dérogation, le droit commun auquel il convient de revenir est la loi nationale de l'intéressé.

La théorie à laquelle nous nous sommes rattachés arrive aussi à considérer la loi nationale de l'intéressé comme celle qui peut s'appliquer concurremment avec notre règle, mais pour d'autres raisons. Avant de les exposer, nous devons déterminer la portée qu'on doit attribuer aux lois sur la forme des actes dans le commerce international et les principes qu'il convient de leur appliquer en cas de conflits.

En considérant le but social des lois sur la forme des actes (2), nous nous rendrons compte par là même de leur portée internationale ; s'il est prouvé que les lois de cette espèce sont des lois de protection individuelle, d'intérêt privé, nous les engloberons dans la catégorie des lois extra-territoriales ; si, au contraire, ce sont des lois d'ordre public, nous les ferons rentrer dans la catégorie des lois territoriales.

(1) Dans ce sens : Savigny, *Droit romain*, t. VIII, p. 353 et s. ; Weiss, *Traité de dr. int. privé*, p. 527 ; Audinet, 266 et 267.

(2) A. Pillet, *loc. cit.*, 1895, p. 946.

Nous croyons que les lois sur la forme des actes ont avant tout le caractère de lois d'intérêt privé, excepté celles qui, prescrivant des formalités dans un but de publicité, sont strictement territoriales.

La presque-unanimité des auteurs s'accorde à reconnaître que les formalités exigées par la loi pour assurer la publicité de certains actes juridiques dans l'intérêt des tiers, sont des lois d'intérêt public et par conséquent territoriales. En effet, ces lois ont pour but de sauvegarder l'intérêt des tiers, qui intéresse au plus haut point la société et les dispositions des lois étrangères à cet égard ne peuvent pas recevoir application dans un pays qui exige d'autres formalités et dont l'ordre public est intéressé, par conséquent, à ce que la disposition contraire de la loi étrangère ne soit pas appliquée. C'est ainsi que les formalités prescrites par la loi du 23 mars 1855, sur la transcription en matière hypothécaire, relativement aux actes translatifs de propriété immobilière ou de droits réels, dans un but de publicité, sont uniquement régies par la loi française pour tous les biens situés en France, quelle que soit d'ailleurs la loi du lieu où l'acte a été fait. De même, en matière de donation, la disposition de l'article 939 du Code civil qui prescrivait, bien avant la loi de 1855, la transcription des donations portant sur des biens susceptibles d'hypothèques, est une disposition strictement territoriale.

Passons aux formalités qui n'ont pas pour objet d'assurer la publicité de certains actes dans l'intérêt des tiers, mais qui ont été prescrites dans l'intérêt de ceux qui mettent à profit les dispositions de la loi, en accomplissant un acte juridique prévu et réglementé par elle. « Qu'elles

consistent, dit M. Pillet (1), à imposer à une volonté dont la loi se défie l'assistance obligatoire d'une volonté plus expérimentée et plus sûre, ou à soumettre au contrôle de certaines autorités la teneur d'un acte jugé très important, qu'elles permettent de constater la liberté des contractants ou qu'elles leur prescrivent certains délais destinés à écarter les dangers d'une résolution précipitée, qu'elles se proposent seulement d'assurer aux intéressés la conservation de leurs droits, et de leur en faciliter la preuve judiciaire, si celle-ci devient jamais nécessaire ; ces lois n'ont jamais qu'un seul et même but social, protéger par des mesures diverses et appropriées aux circonstances les intérêts des parties en cause, leur épargner des fautes graves, les assurer contre la perte de leurs droits. » De ce passage, il résulte, à notre avis, que les lois dont il s'agit sont des lois de protection individuelle, et, pour nous en assurer, nous n'avons qu'à nous demander qui souffrirait le plus, de la société ou de l'individu, si les formalités dont la loi entoure un acte juridique n'étaient pas appliquées. Incontestablement, c'est l'individu qui, n'étant plus protégé, ne pourrait plus invoquer à son profit les garanties que lui accorde la loi ; la société n'en souffrirait que par contre-coup, parce qu'un pareil état de choses apporterait un grand trouble dans le commerce des hommes. A un point de vue plus général, il est incontestable qu'une bonne loi de protection individuelle contribue puissamment au bien-être de la société, et par conséquent on ne peut pas dire que la société n'est pas intéressée à ce qu'elle ait une application générale ; mais quand il s'agit d'assigner à une loi donnée sa portée

(1) Pillet, *loc. cit.*, 1895, p. 947.

internationale, il faut surtout se préoccuper du caractère qui est le plus en mesure de lui assurer son maximum d'effet dans le commerce international. Ainsi, à notre avis, les lois sur la forme des actes sont des lois de protection individuelle et par conséquent extra-territoriales ; et comme c'est à la loi nationale de chaque individu qu'incombe sa protection, il en résulte que c'est la loi nationale des parties en cause qui constitue le droit commun susceptible de s'appliquer concurremment avec notre maxime.

Revenons, après cette digression, à la question si discutée de savoir si la règle *locus regit actum* est impérative ou facultative.

Chez les anciens statutaires italiens, il ne semble pas que notre règle ait eu un caractère obligatoire, bien qu'elle soit formulée dans des termes qui feraient croire qu'elle ne souffrait pas d'exception ; au point de vue historique, la validité du testament fait conformément à la loi du lieu apparaît comme une concession, non comme une règle obligatoire. Ainsi que le dit M. Lafné, « la règle *locus regit actum* naquit d'une révolte contre le principe de la stricte territorialité des statuts ou coutumes, et dans les divers cas où les postglossateurs appliquent la *lex loci actus* quant à la forme, il s'agissait de valider des actes qui auraient été nuls d'après la loi personnelle, ou d'après la loi de la situation. » Ainsi Albéric de Rosate se demandait si un testament fait à Venise par un citoyen de Bergame dans les formes requises par le statut de Venise, mais contrairement au statut du domicile du testateur, était valable à Bergame (1). D'autres statutaires se demandaient si l'acte

(1) Balde admet la validité d'un testament fait par le testateur conformément à la loi de son domicile.

conforme à la *lex loci actus*, portant sur un immeuble situé dans un lieu soumis à une loi différente, doit y être considéré comme valable en la forme. Il apparaît donc que le principe contre lequel notre maxime devait réagir, est que chaque individu demeurerait soumis à la loi de son domicile relativement aux actes portant sur des meubles, et que le propriétaire d'un immeuble devait, quant aux actes concernant cet immeuble, se conformer à la *lex rei sitae*.

Cependant les formules employées par les jurisconsultes français, Dumoulin entre autres, conçues en termes absolus, firent oublier le caractère primitif de notre maxime. Ce furent surtout les jurisconsultes de l'école hollandaise qui affirmèrent que la règle est impérative.

Pour ce qui concerne les jurisconsultes français du XVIII^e siècle, il est hors de doute qu'ils considéraient la règle comme obligatoire (1). Telle était aussi la jurisprudence des parlements à l'égard du testament olographe (2).

M. Lainé (*Introduction*, t. II, p. 407), parlant des raisons qu'on donnait alors pour expliquer le caractère impératif de la règle, les trouve insuffisantes. « Il résulte, que l'observation de la *lex loci actus*, en dépit de son origine première et malgré les protestations de quelques auteurs, prit avec le temps le caractère d'une obligation juridique, surtout dans la doctrine française. Mais, comme on fut amené là par la puissance des formules plutôt que par la nature des choses, on eut quelque peine à en donner les motifs. Tandis

(1) V. A. Lainé, *Introduction au Droit int. privé*, t. I, pp. 404 et 405 (sur les opinions de Boullenois, Froland et Bouhier).

(2) Merlin, *Répertoire, Testament*, sect. II, § IV, 1.

que pour la règle envisagée comme impliquant une simple faculté, nous trouvons des raisons indiquées par les Italiens Bartole et Albéric de Rosate, précisées par les Français Ricard et Renusson, largement développées par les Hollandais Rodenbourg et Jean Voet, raisons claires, abondantes et décisives ; pour la même règle imposée comme une nécessité, nous sommes réduits à des explications rares et obscures, qui semblent avoir été laborieusement cherchées afin de justifier après coup une décision irréflective. »

En réalité, une seule raison pourrait expliquer le caractère obligatoire de la règle *locus regit actum* et elle n'existe que pour les actes authentiques qui ne peuvent être reçus que par un officier public obligé de suivre les formes prescrites par la loi de son pays.

De nos jours, les auteurs se prononcent en majorité pour le caractère *facultatif* de la règle, presque tous invoquant le but d'utilité pratique de la maxime *locus regit actum* (1).

Nous croyons que cette opinion doit prévaloir. Notre règle ayant un caractère exclusivement positif, il est manifestement impossible qu'elle puisse empêcher l'application des principes, là où cette application est possible. Les intéressés peuvent, à leur choix, quand cela leur est loisible, emprunter leur règle de conduite ou bien au domaine de la maxime ou bien au droit commun, c'est-à-dire à leur loi nationale.

En effet, la règle qui nous occupe, s'étant formée non seulement dans le but de faciliter le commerce interna-

(1) V. Savigny, t. VIII, § 381, p. 385 ; Foelix, t. I, n° 83 ; Aubry et Rau, t. I, p. 112 ; Despagnet, p. 282, n° 280 ; Weiss, p. 526 ; Audinet, n° 363 ; Surville et Arthuys, n° 207 ; Von Bar, § 370.

tional, mais encore dans celui d'assurer autant que possible la validité des actes internationaux, ne serait-il pas contraire aux motifs qui l'ont fait naître, d'en faire une application rigoureuse, de la rendre obligatoire alors même que les parties trouvent le moyen, à l'étranger, d'observer les formes prescrites par leur loi nationale pour les actes passés dans la forme privée ?

En ce qui concerne les actes authentiques, notre règle est sans doute obligatoire, non dans ce sens, que, au cas où la loi locale prescrit la forme authentique, on ne puisse employer la forme privée (1), si la loi nationale de l'intéressé le permet, mais dans ce sens que, si l'on veut se servir de la forme authentique, on est dans la nécessité de suivre les prescriptions de la loi locale, car les officiers publics étrangers ne prêteront leur concours que dans les cas et dans les formes indiquées par la loi qui les investit de leur mandat.

Des contractants originaires d'un même pays pourront, si notre règle a un caractère facultatif, employer même à l'étranger les formes prescrites par leur loi nationale commune, ou, s'ils appartiennent à des nationalités différentes, ils feront encore un acte valable, mais à la condition de satisfaire aux dispositions de leurs lois nationales respectives. Tout acte passé dans de pareilles conditions doit être considéré comme régulier, non seulement dans le pays auquel appartiennent les intéressés, mais partout,

(1) Nous croyons, en effet, que si l'on admet que la règle *locus regit actum* est facultative, il faudrait permettre aux individus qui passent des actes hors de leur patrie, non seulement de rédiger les actes privés conformément aux dispositions de leur loi nationale, mais encore de contracter dans la forme privée alors même que la loi locale exigerait l'authenticité (V. Douai, 13 janvier 1887, *Clunet*, 1887, p. 57).

conformément au principe qu'un acte international régulier doit être reconnu partout comme tel.

La seule particularité de la situation est que les intéressés ne sont pas tenus d'observer les prescriptions de leur loi nationale, et peuvent, s'ils le préfèrent, user de la règle *locus regit actum*, c'est-à-dire employer les formes autorisées par la loi du lieu où ils contractent. C'est seulement lorsqu'en fait il leur est impossible de satisfaire en même temps aux rigueurs de leurs lois nationales respectives qu'ils devront forcément suivre les dispositions de la loi locale.

La législation française considère, croyons-nous, la règle *locus regit actum* comme facultative; nous appuyons cette façon de voir sur l'article 999 du Code civil, décidant que le Français qui se trouve en pays étranger pourra faire ses dispositions par acte sous seing privé, conformément à l'article 970; il reconnaît implicitement par là qu'au moins dans ce cas notre maxime n'est pas obligatoire. Si le législateur n'a pas posé le principe, et s'il s'est contenté de l'indiquer en ce qui concerne le testament olographe, cela tient à ce que, dans l'ancien droit, c'est toujours à propos du testament qu'on discutait la question de savoir si notre règle était obligatoire ou facultative.

Le Code civil italien, dans ses dispositions préliminaires (article 9, premier alinéa), consacre le caractère facultatif de notre règle: « Les formes extrinsèques des actes entre vifs et de dernière volonté seront déterminées par la loi du lieu où ils sont faits. Il est cependant permis aux disposants ou contractants d'observer les formes de leur loi nationale, pourvu que ladite loi soit commune à toutes les parties. » La loi fédérale suisse, du 25 juin 1891,

article 24, admet aussi que la règle est facultative ; elle permet de se référer au droit du domicile, du lieu de rédaction, du dernier domicile et du canton d'origine (1). Le Code civil espagnol, article 11, pourrait considérer la règle comme obligatoire, mais la solution contraire résulte de l'article 732.

L'opinion contraire (2) a été cependant soutenue par des auteurs autorisés. Laurent (3), tout en reconnaissant que l'utilité a joué un grand rôle dans la formation de notre règle ajoute : « Mais *de ce que la maxime est utile, on ne peut pas conclure qu'elle soit facultative*. Il n'y a de facultatives, en droit civil, que les règles qui dépendent de la volonté des parties, parce que le législateur, en les établissant, ne fait que prévoir l'intention des contractants, sauf à eux à manifester une volonté contraire. En est-il ainsi des principes qui régissent les formes ? La question n'a point de sens puisque les formes ne sont pas établies d'après l'intention présumée des parties ; le législateur, au contraire, les leur impose : cela est certain pour les nationaux et par conséquent pour les étrangers, puisque le statut personnel n'a rien de commun avec les formes. »

Ainsi donc, d'après Laurent, deux étrangers appartenant à la même nationalité ne pourraient pas suivre les prescriptions de leur loi nationale, parce que les lois sur la forme des actes ne rentrent pas dans le statut personnel.

(1) Parmi les législations qui, après avoir consacré en termes généraux la règle *locus regit actum*, se prononcent pour son caractère obligatoire, nous pouvons citer le Code civil portugais article 24 ; le Code civil serbe, article 46 ; le Code civil hollandais, article 10 ; quelques codes des Républiques du Sud de l'Amérique.

(2) Demolombe, t. 1^{er}, n° 106 bis ; Troplong, *Testament*, t. 3, n° 1734 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 128 bis.

(3) Laurent, *Dr. Civil International*, t. II, n° 246, p. 444.

Nous trouvons une réponse péremptoire à cette argumentation dans la théorie même que nous avons admise. Cette théorie, on se le rappelle, enseigne qu'il faut partager les lois en deux grandes classes : lois de protection individuelle et loi d'ordre public. Rentrant dans la première, non seulement les lois sur l'état et la capacité des personnes, mais en général toutes celles qui ont pour but social de protéger l'activité particulière des individus ; or, s'il est vrai que les lois sur la forme des actes soient des lois de protection individuelle, elles doivent suivre les nationaux à l'étranger, car pour que ces lois puissent atteindre le but social qu'elles ont en vue, il faut de toute nécessité leur reconnaître le caractère d'extra-territorialité dans les relations internationales. Mais si l'on admet, avec M. Buzzati, que les lois concernant la forme des actes sont des lois d'ordre public, alors il faudrait reconnaître nécessairement le caractère obligatoire de la règle *locus regit actum* (1).

C'est cette dernière opinion qui paraît triompher dans la jurisprudence française. La Cour de cassation (arrêt du 9 mars 1853, Sirey, 1853. I. 274) a décidé qu'un testament olographe fait par un étranger en France, et dont l'exécution est demandée devant les tribunaux français, ne peut être déclaré valable qu'autant qu'il réunit toutes les conditions de forme reconnues essentielles par la législation française, quelle que soit du reste la législation du pays auquel appartient le testateur. Dans le même sens : Cass., 23 février 1864, S. 1864. I. 385 ; Cass., 24 août 1880,

(1) M. Buzzati considère les lois sur la forme des actes comme d'ordre public parce qu'elles se rattachent à des considérations religieuses, morales, d'intérêt politique, ou d'intérêt économique dans le pays où elles sont établies.

Clunet, 1880, p. 480 ; Cass., 24 février 1882, *Clunet*, 1882, p. 90 ; Cass., 20 mai 1885, *Clunet*, 1885, p. 435. La Cour de cassation paraît avoir définitivement fixé sa jurisprudence, par son arrêt du 14 juin 1899 (Sirey, 1900. I. 225) ; elle a déclaré que la forme extérieure des actes comme leur mode de preuve sont essentiellement réglés par les lois, usages et coutumes du pays où ils sont passés.

Cependant nous trouvons des arrêts qui ont proclamé le caractère facultatif de la maxime. L'arrêt de la Cour de cassation du 19 mai 1830 (S. 1830. I. 225) décide que la règle *locus regit actum* n'est pas tellement absolue qu'elle s'applique au cas où il s'agit d'étrangers qui ont, en France, fait des actes conformément aux lois de leur pays ; partant, la Cour déclare que les donations mobilières, consenties en France par un époux en faveur de son épouse, l'un et l'autre étrangers, peuvent être déclarées valables par les tribunaux français, encore qu'elles ne soient pas revêtues des formalités prescrites par la loi française. Un arrêt de la Cour de Douai du 13 janvier 1887 (*Clunet*, 1887, p. 47) déclare que les étrangers qui se marient en France ne sont pas obligés, pour leur contrat de mariage, de suivre les formes fixées par la loi française ; elle ajoute que la règle *locus regit actum* n'est à leur égard que facultative et que les étrangers peuvent employer la forme usitée dans leur pays d'origine (V. aussi le jugement du tribunal civil de la Seine du 28 juin 1895, *Clunet*, 1895, p. 847).

§ 4. — Du don manuel.

Le don manuel est une donation dispensée de formes et consistant dans la remise matérielle des objets donnés par le donateur ou son mandataire au donataire ; la donation d'un meuble corporel peut s'accomplir, en effet, sans la

rédaction d'aucun acte solennel, elle devient parfaite par cela seul que le consentement des parties a été suivi de la tradition réelle de l'objet donné.

Ainsi, le don manuel étant dispensé de toute forme, il en résulte que les solennités, auxquelles sont soumises les donations ne lui sont pas applicables. Mais, de l'avis des auteurs, si le don manuel échappe aux solennités prescrites par le droit commun pour les donations faites par acte, il reste soumis aux règles de fond nécessaires pour la validité des donations entre vifs, car la loi ne dispense le don manuel que des conditions relatives uniquement à la forme.

Pour qu'un don manuel existe, il faut d'abord un accord de volontés, et ensuite la tradition de l'objet donné ; mais si ces deux conditions sont nécessaires, elles sont suffisantes. L'accord de volontés suppose, d'un côté, l'intention chez le donateur de faire une libéralité, de l'autre, l'intention chez le donataire de l'accepter ; comme dans tout contrat, il faut, pour qu'il y ait consentement, que la volonté du donataire s'unisse à celle du donateur du vivant de celui-ci. Mais le simple accord des volontés ne suffit pas pour rendre le donataire propriétaire de l'objet donné, contrairement au principe du droit français, que la simple volonté suffit pour transférer la propriété sans qu'il y ait besoin d'aucune tradition. La promesse verbale d'un don manuel acceptée par le donataire est nulle et de nul effet s'il n'y a eu tradition réelle ; celle-ci est donc un élément essentiel, constitutif du don manuel et non, comme dans la plupart des contrats, un mode d'exécution. La tradition intervient donc dans le don manuel pour rendre efficace le consentement des parties, qui, sans elle, n'a aucune force légale et ne peut produire aucun effet. Ainsi

que le fait très bien ressortir M. Bressolles (1), on peut comparer, au point de vue de l'efficacité qu'elle attribue aux concours des volontés, la fonction remplie par la tradition dans le don manuel à celle de l'acte notarié dans les donations ordinaires. Le don manuel peut donc être considéré comme un contrat réel (*re*) en ce sens que la tradition réelle de l'objet donné est indispensable pour sa perfection. Nous ne pouvons pas nous étendre plus longuement sur la tradition, nous contentant de dire qu'un don manuel ne peut avoir pour objet que les meubles susceptibles de tradition réelle et que c'est aux tribunaux à décider, suivant les circonstances, s'il y a ou non tradition réelle et si cette tradition est capable de réaliser un don manuel.

Passons maintenant aux règles de fond qui, de l'avis unanime, s'appliquent aux dons manuels comme aux donations ordinaires ; telles sont les règles qui concernent la capacité de donner et de recevoir, le principe de l'irrévocabilité des donations, les causes de révocation.

Les incapacités de donner et de recevoir s'appliquent avec les mêmes effets au don manuel ; un don manuel fait par un incapable est nul malgré la tradition intervenue, car elle ne peut suppléer au consentement, et le consentement émané d'un incapable est vicié. Nous croyons donc que le don manuel fait par un mineur de seize ans est nul et que la femme mariée ne peut pas faire ou recevoir un don manuel sans l'autorisation de son mari.

La règle *donner et retenir ne vaut* semble être d'une application très facile en matière de dons manuels. En effet, le don manuel n'est parfait que par tradition des objets donnés, mais une fois qu'elle a eu lieu, le donataire acquiert la propriété de l'objet donné et, s'il a la possession

(1) Paul Bressolles, *Des dons manuels*, n° 69, pp. 105 et 106.

légale de la chose donnée, il n'aura qu'à invoquer la règle « en fait de meubles possession vaut titre » pour repousser les attaques du donateur. Si l'on admet que le don manuel ne peut pas être accompagné de pactes accessoires modifiant la portée de la tradition opérée, le donateur ne pourra pas porter atteinte au principe d'irrévocabilité ; mais si l'on admet, avec la jurisprudence, que les pactes accessoires sont valables, alors la liberté des parties sera restreinte dans les mêmes limites qu'à l'égard des donations ordinaires ; par conséquent les dons manuels faits sous une condition potestative de la part du donateur doivent, en principe, être déclarés nuls, comme contraires à la règle *donner et retenir ne vaut*. Si le don manuel a été fait sous une condition impossible ou illicite, cette condition sera réputée non écrite, conformément à l'article 900 du Code civil français.

Le don manuel reste soumis aux causes de révocation établies par la loi : ingratitude ou survenance d'enfants et, si l'on reconnaît la validité des pactes adjoints, inexécution des charges.

Quelles sont les règles qui doivent régir le don manuel en droit international privé ?

Il est bien difficile de présenter des conflits de lois en cette matière, car si le don manuel est d'une pratique fréquente chez presque tous les peuples, les législations modernes gardent à son égard le même silence que le Code civil français ; la tâche du juge est donc très difficile, puisqu'il ne se trouve plus en présence de dispositions contradictoires, mais bien nettes, de plusieurs lois en concours ; les conflits n'auront pas ce caractère de précision qu'ils présentent en général quand il s'agit de déterminer la loi compétente entre plusieurs pour régir tel ou

tel rapport de droit. Le juge devra examiner avec attention le régime des donations entre vifs établi par les législations en conflit pour apprécier d'une façon exacte quel est le rôle social attribué au don manuel et à quelles règles il est soumis : aussi un examen de la jurisprudence étrangère s'impose-t-il ici plus qu'en toute autre matière.

Nous rencontrons cependant des législations qui contiennent certaines dispositions à l'égard du don manuel. Le Code hollandais (article 1724) reconnaît d'une façon expresse l'existence du don manuel quand il dit que « les dons d'objets mobiliers corporels et d'effets au porteur seraient valables sans acte et par la seule délivrance faite au donataire ou à un tiers qui accepte pour lui » ; il en est de même du Code de la Louisiane qui, après avoir exigé un acte notarié pour les donations en général, déclare dans l'article 1526 que « le don manuel, c'est-à-dire la donation d'effets mobiliers corporels accompagnée de tradition réelle, n'est assujetti à aucune formalité ». D'autres législations reconnaissent implicitement le don manuel, en n'exigeant des formalités que pour les donations supérieures à un taux fixé ; ainsi en Bolivie et en Suisse, dans le canton du Tessin, les dons manuels ne sont valables qu'à la condition de ne pas porter sur une valeur supérieure à 500 francs ; les codes de Bâle et de Mexique contiennent des dispositions analogues.

De même, le don manuel est reconnu d'une façon générale par toutes les législations qui ne considèrent pas les donations de meubles comme des contrats solennels, qui n'exigent pas la rédaction d'un acte public. Nous pouvons citer l'article 632 du Code civil espagnol qui s'exprime ainsi : « La donation d'un meuble peut se faire verbalement ou par écrit. Si elle est verbale, elle doit être accom-

pagnée de la remise immédiate de la chose donnée. A défaut de cette condition, elle ne produira d'effet que si on la fait par écrit, et si l'acceptation est constatée de la même façon » ; la loi espagnole reconnaît donc la validité des donations mobilières suivies de tradition ; le don manuel apparaît ainsi comme le mode normal de disposer entre vifs des meubles, car la rédaction d'un écrit n'est nécessaire que si la tradition n'a pas eu lieu. Le Code civil allemand exige l'authenticité de l'acte de donation, mais, à son défaut, l'article 518, deuxième alinéa, déclare la donation valable si elle a été suivie d'exécution ; il en résulte que les donations mobilières suivies de tradition sont valables. En Autriche et en Russie, les donations mobilières s'opèrent par la tradition, par la mise en possession du donataire, sans aucune autre formalité.

Nous voyons donc que le don manuel trouve place dans presque toutes les législations modernes et si dans la législation française il constitue une exception au droit commun des donations, dans d'autres législations il constitue au contraire une façon de disposer des meubles rentrant dans le droit commun ; mais dans toutes il exige pour sa perfection les deux conditions indispensables que nous avons énumérées, concours de volontés et tradition. Aussi nous ne croyons pas qu'un conflit de lois puisse naître sur ce point, du moins sur le principe ; mais il serait possible sur la question de savoir si, pour la validité d'un don manuel, il faut une tradition effective, c'est-à-dire la remise matérielle de la chose donnée, ou bien s'il suffit d'une tradition fictive (*brevi manu*) ; un pareil conflit doit être résolu, à notre sens, en appliquant la loi du lieu où s'est opérée la tradition, c'est-à-dire la loi du lieu où était situé le meuble donné au moment de la tradition.

En ce qui concerne la capacité de donner et de recevoir par don manuel, elle est en droit français la même que pour les donations ordinaires et doit être régie par la loi nationale des intéressés ; par conséquent, les dons manuels faits par un Français à l'étranger, contrairement à la loi française, doivent être déclarés nuls ; ainsi est nul le don manuel fait par un mineur français à son tuteur ; il en est de même du don manuel fait à l'étranger par une femme de nationalité française sans l'autorisation de son mari.

Inversement, pour apprécier la validité d'un don manuel fait par un étranger, il faut consulter, non la loi française ou la loi du lieu de l'acte, mais uniquement sa loi nationale. Le tribunal civil de la Seine et la Cour d'appel de Paris ont eu à se prononcer sur une question de capacité relative à un don manuel. Voici l'espèce : Mme de Saint-Julien, française d'origine, et veuve en premières noces de M. Lombes, sujet anglais, épousa en secondes noces, en 1853 à Florence, le sieur Guisti, sujet italien. Dans le courant de l'année 1868, la dame Guisti avait remis à M. Aubert, agent de change à Lyon, des titres de 3.500 francs de rente italienne dont elle donnait la propriété aux enfants de M. Aubert, sous la réserve de lui en servir les revenus pendant sa vie. M. Guisti assigna M. Aubert devant le tribunal civil de la Seine afin d'obtenir la restitution des titres de rentes donnés par sa femme. Devant le tribunal, Guisti reconnaissait que la remise des titres constituait de la part de sa femme un don manuel au profit des enfants du défendeur, mais il prétendait que la donatrice ne pouvait, étant mariée, disposer valablement des effets mobiliers compris dans la donation sans l'autorisation de son mari ; il ajoutait, en outre, que la donation ayant eu lieu en France, à Lyon, était nulle comme n'ayant pas été re-

vêtue des formes prescrites par l'article 931 du Code civil français et que, dans tous les cas, elle ne pouvait produire effet, constituant la donation d'une propriété avec réserve d'usufruit.

Le tribunal civil de la Seine, par jugement du 5 août 1881 (*Clunet*, 1882, p. 617 et *Gaz. des trib.*, 6 octobre 1881) déclara le don manuel valable, par application de la loi italienne. Le tribunal rappelle d'abord l'article 5 du contrat de mariage de la dame Guisti, dans lequel il y était dit que « les biens autres que ceux formant l'objet des stipulations insérées dans l'acte, resteraient la propriété libre et absolue de chacun des époux et que M. Guisti, maintenant et pour toujours, accorde à sa future épouse la libre faculté de disposer, comme elle l'entend, des biens non grevés par le contrat de mariage, sans qu'il y ait besoin d'interpellation ou de consentement ultérieur de lui, Guisti » ; puis il ajoute : « Attendu que si, d'après la règle établie dans l'article 134 du Code civil italien, sous l'empire duquel la dame Guisti s'est placée en contractant son second mariage, la femme ne peut donner, aliéner des immeubles, les grever d'hypothèques, etc., sans l'autorisation de son mari, il est dit au second paragraphe dudit article que le mari peut donner à la femme une autorisation générale pour tous lesdits actes, ou spéciale pour quelques-uns, mais qu'il conserve le droit de la révoquer ; attendu qu'à supposer que les réserves faites par la dame Guisti, comme anglaise, en ce qui concerne la libre propriété des biens non désignés audit contrat, et parmi lesquels figurent les titres de 3.500 francs de rente italienne, objet du litige, n'aient pu lui conférer le droit d'en disposer à titre gratuit au profit des enfants du défendeur sans l'autorisation du mari, ce droit résultait pour elle de l'au-

torisation générale à elle donnée suivant les termes de l'article 5 du contrat de mariage ci-dessus rappelé, et reproduite en conformité des dispositions de l'article 134 du Code civil italien ;... Attendu, qu'il suit de ce qui précède, que la dame Guisti a pu valablement disposer sans l'autorisation de son mari ;... *Qu'il importe peu que la tradition des valeurs dont s'agit ait eu lieu à Lyon comme le prétend le demandeur, ou à Florence, ainsi que l'allègue Aubert...* » Cette dernière déclaration est importante : en effet, les parties étaient en désaccord sur la question de savoir si le don avait eu lieu en France ou en Italie. Guisti prétendait que le don avait eu lieu en France et en demandait la nullité par application de la loi française (art. 219 C. civ. fr.) qui exige une autorisation spéciale pour chaque acte de disposition ou d'aliénation ; Aubert soutenait que le don avait eu lieu à Florence et demandait l'application de la loi italienne. Le tribunal, faisant application du principe que la capacité des personnes dépend uniquement de leur loi nationale, a donc décidé avec raison que, pour apprécier la validité d'un don manuel fait par une femme mariée de nationalité italienne, il faut consulter, non la loi du lieu où il est intervenu, mais la loi italienne qui règle sa capacité, et qui permet à la femme mariée d'aliéner ses biens (propres) en vertu d'une autorisation générale donnée par le mari.

En ce qui concerne le deuxième et le troisième points, le tribunal déclare qu'il n'est justifié d'aucune disposition du Code civil italien prohibant les dons manuels ; qu'il suffit pour qu'un don manuel soit valable qu'il y ait eu dessaisissement actuel et irrévocable et que, dans l'espèce, la remise des titres de rente italienne, objet de la demande, par la dame Guisti à Aubert, avec la volonté

d'en faire bénéficier les enfants de celui-ci, constitue un dessaisissement actuel et irrévocable. Le jugement déclare aussi que les dons manuels avec réserve d'usufruit sont valables ; il dit que rien ne s'oppose à ce que la transmission de propriété d'un titre au porteur par la tradition soit soumise à des charges ou à des conditions et, par conséquent, à ce que celui qui, par cette tradition, est investi de la propriété de ce titre en laisse le revenu ou l'usufruit à celui de qui il l'a reçue et qui se l'est réservé ; que cette réserve faite par le donateur ne fait pas perdre au donataire le droit attaché à la possession du titre, qu'il est seulement réduit pour un temps à un droit de nue propriété.

La Cour d'appel de Paris, par un arrêt du 17 décembre 1883 (*Clunet*, 1884, p. 289, et *Droit*, 4 mai 1884), a maintenu le jugement du tribunal en adoptant ses motifs. Mais elle ajoute en outre que le don manuel ayant été effectué en Italie (la remise des titres litigieux avait eu lieu à Florence ainsi que le constate l'arrêt) il faut consulter la loi italienne pour apprécier cette libéralité. Aussi la Cour examine-t-elle la jurisprudence italienne sur la question de savoir si les dons manuels sont valables quelle que soit l'importance des valeurs données. En effet, lors de la rédaction du Code civil italien, la commission du Sénat proposa de limiter les dons manuels à une valeur de 500 livres ; mais cette proposition fut repoussée, car, disait-on, un taux fixe n'est pas convenable et le juge est à même d'apprécier mieux dans chaque espèce. La Cour de Paris constate que la loi italienne, interprétée par la jurisprudence, reconnaît la validité des dons manuels, même pour des objets d'une valeur importante. Dans l'espèce l'application de loi italienne est hors de doute, puisqu'elle se

recommande au double titre, de loi nationale des parties, et de *lex loci contractus*.

Mais nous croyons qu'en principe la modicité des dons manuels doit dépendre, non de la loi qui régit le contrat (spécialement de la *lex loci contractus*), mais de la loi nationale des parties, et, si elles sont de nationalité différente, de la loi nationale du donateur. Supposons que dans l'espèce le don manuel accompli en Italie ait été fait par un Suisse du canton de Tessin dont la législation n'autorise que les dons manuels qui ne portent pas sur une valeur supérieure à 500 francs. Quelle loi aurait-on dû consulter, si le demandeur avait réclamé la réduction du don manuel à la somme de 500 francs ; la *lex loci contractus* (la loi italienne) ou bien la loi nationale du donateur ? A notre avis, c'est la législation du canton de Tessin qu'il aurait fallu consulter ; en effet, sa disposition s'impose au respect de ses nationaux dans le commerce national et international, et elle est édictée dans un but de protection pour les donateurs ; or, les dispositions qui restreignent la liberté des personnes dans un but de protection doivent dépendre en principe de la loi nationale, parce que c'est elle qui doit les protéger.

Quant à la règle « donner et retenir ne vaut » et aux causes de révocation, les principes de solution des conflits sont les mêmes que pour les donations ordinaires. Ainsi, à notre avis, le don manuel fait à un Français à l'étranger sera nul s'il est affecté d'une condition potestative contraire aux articles 944 et suivants du Code civil français ; il sera révoqué par la survenance d'enfants au donateur quelle que soit la loi du lieu où il a été accompli.

Nous avons supposé jusqu'à maintenant que l'existence du don manuel n'était pas contestée ou du moins qu'elle

était prouvée, et nous n'avons envisagé que les conflits relatifs à telle ou telle règle de fond. Mais il arrivera souvent que l'existence même du don manuel soit en jeu, qu'une des parties le conteste.

La question de preuve en matière de dons manuels est très importante ; en effet, le don manuel est parfait sans la rédaction d'aucun écrit, il se fait de la main à la main de sorte que, une fois accompli, on peut dire qu'il n'en reste pas de traces visibles, excepté, bien entendu, la possession par le donataire de la chose donnée. Or, nous avons vu que la seule détention n'établit pas l'existence du don manuel, il faut de plus prouver qu'un accord de volontés est intervenu entre les parties. Par quels moyens la partie à qui incombe la preuve devra-t-elle démontrer le don manuel dont elle se prévaut, si elle ne peut pas exhiber un écrit le constatant ? Pourra-t-elle prouver par témoins l'existence d'un don manuel supérieur à 150 fr. ? La jurisprudence et les auteurs français se prononcent pour l'application de l'article 1344 du Code civil qui n'autorise la preuve testimoniale qu'au-dessous de 150 francs et ne l'admet au-dessus que si elle est jointe à un commencement de preuve par écrit (1).

Le dernier arrêt de la Cour de cassation sur la matière, du 14 juin 1899, déclare que, quoique les formalités de l'article 931 ne soient pas nécessaires pour la validité du don manuel, le donateur ou le donataire ne sont pas dispensés, le cas échéant, d'établir l'existence du don manuel

(1) Laurent, *Droit civil*, XII, n° 284 ; Demolombe, *Donations*, III, n° 79 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donat.*, t. I, n° 1192, p. 521.—Rouen, 20 décembre 1840, Sirey, 1841. II. 118 ; Pau, 2 janvier 1874, S. 1876. II. 2 ; Bordeaux, 26 janvier 1874, S. 1874. II. 140 ; Paris, 25 mars 1876, D. 1877. II. 9 ; Cass., 2 août 1887, S. 1887. I. 23.

par les moyens légaux de preuve. Cette limitation de la preuve testimoniale ne prédomine pas dans les législations modernes ; beaucoup d'entre elles, telles les législations anglaise et allemande, admettent la preuve testimoniale quelle que soit la valeur de l'objet en litige, sans aucune restriction. Si un conflit naît entre une de ces législations et la loi française, on voit facilement comment sa solution peut avoir une influence capitale pour le droit de celui qui allègue un don manuel et qui veut le prouver par témoins ou par présomptions ; suivant qu'on appliquera la loi anglaise, par exemple, ou la loi française, la preuve testimoniale sera ou ne sera pas admissible et, par conséquent, l'intéressé pourra ou ne pourra pas démontrer l'existence du don manuel allégué. La solution de la question dépend donc de la loi qu'on déclarera compétente pour régir l'admissibilité de la preuve par témoins en droit international privé. Presque tous les auteurs s'accordent à repousser la compétence de la *lex fori*. « Les moyens de preuve doivent, dit M. Asser (1), être déterminés dès le principe, *a priori* ; ils ne sauraient dépendre du lieu plus ou moins fortuit où le procès s'intente ; l'exercice d'un droit n'est assuré d'une manière complète que si l'on en peut prouver l'existence en cas de contestation. L'emploi des preuves est inséparable du droit même. » Nous croyons, avec l'opinion générale, qu'on ne peut pas imposer aux parties de se conformer aux moyens de preuve établis par la loi du pays où le procès est engagé, car il leur est impossible de prévoir, au moment où une relation juridique prend naissance entre elles, dans quel pays les contestations, que ce rapport juridique fera

(1) Asser, *Droit int. privé* (trad. Rivière), n° 79, p. 176.

naître, devront être jugées. La *lex fori* exclue, les auteurs, en majorité, se prononcent pour l'application de la règle *locus regit actum*, c'est-à-dire que la question de savoir quels moyens de preuve peuvent être utilisés pour établir l'existence d'un rapport juridique dépend de la loi du lieu où il est intervenu.

En effet, lorsque deux personnes contractent, elles se préoccupent, dès le jour où le contrat est intervenu, de le constater, afin de pouvoir l'établir plus tard en cas de procès ; pour cela les parties suivent les règles posées par la loi du lieu où elles contractent, parce que c'est cette loi qu'elles peuvent consulter plus facilement.

Si la *lex loci actus* exige la rédaction d'un écrit pour la validité de l'acte, les parties devront s'y soumettre et alors l'écrit servira aussi de preuve, le cas échéant ; mais il se peut que la loi n'exige la rédaction d'un écrit que dans le but de faciliter la preuve de l'acte qu'il constate. Nous croyons que, dans ce dernier cas, c'est encore la règle *locus regit actum* qui est applicable ; si les parties n'avaient pas besoin d'un écrit pour la validité du contrat, elles ont dû consulter naturellement la loi du lieu où il intervient pour savoir comment il faudra le prouver en cas de contestation ; en la consultant, elles verront si un écrit doit être dressé et par conséquent dans quels cas et jusqu'à quel chiffre est admissible la preuve par témoins ; si cette loi n'exige aucun écrit, il faudra, quel que soit le lieu du litige, admettre la preuve testimoniale sous peine de porter une grave atteinte aux intérêts privés (1). Cette solution

(1) En ce sens : Laurent, *Dr. civ. int.*, t. VIII, nos 23 et 37 et suiv. ; Fœlix, I, n° 233 ; Zachariae, *Dr. civ. fr.*, t. I, § 31, p. 99, 100 ; Fiore, n° 349, p. 492 ; Brocher, t. I, p. 129 et suiv., et t. II, p. 126 et suiv. ; Asser, n° 81, p. 169 ; Despagnet, 2^e édit., n° 274, p. 291 ; Audinet,

se recommande des mêmes raisons de nécessité que la règle *locus regit actum* ; elle est de nature à faciliter les relations internationales en permettant aux individus qui contractent à l'étranger de savoir dès le jour du contrat les moyens de preuve dont ils pourront user à l'occasion.

Si nous faisons une application de cette règle à la preuve des dons manuels, voici la conclusion qui en résulte. Les intéressés pourront user de la preuve testimoniale à l'effet de démontrer l'existence d'un don manuel, si la loi du lieu où il a été accompli en autorise l'emploi ; ainsi, un don manuel accompli en Angleterre pourra être prouvé par témoins devant les tribunaux français, même au-dessus de 150 francs.

La Cour de cassation, par un arrêt intéressant, consacre l'opinion que nous venons d'exposer. M. Abdy, de nationalité anglaise, réclamait devant les tribunaux français la

p. 259 ; Surville et Arthuys, n° 421, p. 482 et suiv. ; Rolin, t. I, n° 172. M. Weiss (*Dr. int. privé*, 2^e édit., p. 809 et 810) se prononce pour la compétence de la loi qui régit le contrat ; on le cite donc à tort comme se prononçant en faveur de la règle *locus regit tum* . Voici ce qu'il dit : « C'est la loi qui gouverne le fond du procès qui doit être consultée quand il s'agit de savoir quelles preuves sont admises. La preuve ne peut être isolée du droit dont elle sert à établir l'existence ; les moyens de preuve admissibles doivent, à moins de condamner ce droit à une irrémédiable incertitude, être déterminés au jour même de sa naissance. Il faudra donc appliquer, suivant les distinctions présentées au livre précédent, tantôt la loi personnelle du titulaire, tantôt celle où le fait générateur du droit s'est passé. » Plus loin, M. Weiss nous dit que c'est la loi suivant laquelle doit être jugée la contestation engagée qu'il faut consulter pour savoir si le demandeur peut établir son droit par témoins ; or cette loi est celle-là même qui régit le contrat et qui, d'après les principes, peut fort bien ne pas être la *lex loci actus*, s'il résulte des circonstances que les parties se sont soumises à une autre loi. M. Duguit (*Des conflits de législ. relat. à la forme des actes civils*, p. 115) incline pour l'application de la loi personnelle des parties. V. cependant p. 218.

restitution de dentelles de grand prix, dont sa femme, s'était, à son dire, emparée sans droit. La dame Abdy, appelée à s'expliquer sur la disparition de ces dentelles, soutenait qu'elle les avait reçues en cadeau de son mari et qu'elle les avait mises en nantissement pour la garantie d'une somme d'argent qu'elle avait empruntée.

Afin de prouver le don manuel qu'elle opposait à la demande de son mari, la dame Abdy prétendait user de la preuve testimoniale, conformément à la loi anglaise qui en autorise l'emploi, quelle que soit la valeur du litige ; son mari demandait, au contraire, l'application de la loi française et soutenait que, conformément à l'article 1341 du Code civil français, la preuve du don manuel ne pouvait pas être faite par témoins au-dessus de 150 francs. Pour préciser mieux l'espèce, il faut dire qu'il résultait des circonstances que la prétendue remise de toutes les dentelles avait été opérée en France, parce que la dame Abdy n'avait pu déterminer, devant les tribunaux, d'une manière suffisante, les dentelles qu'elle aurait reçues en Angleterre.

La Cour de Paris, par arrêt du 1^{er} février 1898, déclara, d'abord, que la présomption de l'article 2279 n'était pas applicable et que la dame Abdy ne pouvait pas se retrancher derrière la maxime « en fait de meubles possession vaut titre » ; que, par conséquent, c'était à la défenderesse de prouver le don manuel par elle allégué. En refusant ainsi à la femme la protection de l'article 2279 et en déclarant que le détenteur légal des dentelles litigieuses était le mari, elle se conformait à la jurisprudence, qui pour empêcher les abus auxquels la règle de l'article 2279 pourrait donner naissance, permet au demandeur en restitution de s'attaquer à la possession du défendeur en

l'arguant d'équivoque ; or, la possession entre personnes vivant ensemble et en particulier entre époux ne présente pas le caractère exclusif qu'elle peut avoir entre étrangers ; il est difficile, en effet, de déterminer ce qui appartient en propre à chacun d'eux. Quant à l'admissibilité de la preuve testimoniale, elle décida qu'elle devait être autorisée, dans l'espèce, même au-dessus de 150 francs, pour ce motif : « qu'en fait de donations mobilières entre époux, comme en matière de succession mobilière, les étrangers sont soumis, même hors de leur territoire, à l'application de leur statut personnel ». Ainsi la Cour, partant de la règle que les donations sont soumises au même régime international que les successions, arrive à la conséquence que la forme des donations échappe à l'empire de la règle *locus regit actum*.

La Cour de cassation (arrêt du 14 juin 1899) (1), sans contester le principe même de l'assimilation des donations aux successions, a décidé qu'il ne pouvait porter atteinte aux règles qui régissent la forme des actes et leur mode de preuve. « Attendu, dit la Cour, d'une part, qu'il est de principe de droit international, que la forme extérieure des actes, comme leur mode de preuve, sont essentiellement réglés par les lois du pays où ils sont passés ; que, d'autre part, quoique les formalités de l'article 931 du Code civil ne soient pas nécessaires pour la validité du don manuel, il ne s'ensuit pas que le donateur ou le donataire soient dispensés, le cas échéant, d'établir l'existence du don manuel par les moyens légaux de preuve ; que, dans l'espèce, s'agissant d'une valeur supérieure à

(1) Sirey, 1900. I. 225 et la note de M. Pillet. V. aussi le jugement du tribunal civil de la Seine dans la même affaire du 21 décembre 1895 (*Clunet*, 1896, p. 1032).

150 francs, la prétendue donataire ne pouvait faire cette preuve, soit par témoins, soit à l'aide de présomptions, qu'autant qu'elle se serait appuyée sur un commencement de preuve par écrit. » La Cour cassa, en conséquence, l'arrêt du 1^{er} février 1898 qui, en permettant à la femme de prouver le don manuel par témoins, avait violé l'article 1341 du Code civil.

CHAPITRE III

DE LA RÈGLE « DONNER ET RETENIR NE VAUT » ET DE SES PRINCIPALES APPLICATIONS.

§ 1.— Notions sur le principe de l'irrévocabilité des donations entre vifs et sur les conflits de lois qui peuvent naître en cette matière.

D'après la définition de l'article 894, « la donation entre vifs est un acte par lequel le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement de la chose donnée en faveur du donataire ». Comme la règle « donner et retenir ne vaut » ne fait que consacrer en quelque sorte le principe de l'irrévocabilité des donations posé par l'article 894, nous avons fait de cette règle le titre de notre chapitre III.

Les articles 943 à 946 inclusivement ne sont que des applications du principe de l'irrévocabilité ; mais avant d'arriver à l'étude de ces articles, nous devons une explication, admise généralement, sur le sens dans lequel il faut entendre l'irrévocabilité. Tous les contrats sont irrévocables, en ce sens qu'ils tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faits, et ne peuvent être révoqués que de leur consentement mutuel ; mais du moment que le législateur a cru devoir insister sur le caractère d'irrévocabilité des donations entre vifs, c'est qu'il a entendu que l'irrévocabilité fût plus rigoureuse pour les donations que pour les autres contrats. Un auteur exprime cette idée de la sorte : « Les donations sont plus irrévocables que les contrats ordinai-

res. » L'irrévocabilité des donations n'interdit pas seulement au donateur la possibilité de supprimer les effets de la donation, en disposant de nouveau, en faveur d'une autre personne, des biens déjà donnés ; mais de plus elle conduit à annuler toute donation entre vifs, qui a été conçue de telle façon, qu'il serait au pouvoir du donateur de maintenir ou d'annuler la donation ou bien de diminuer son effet. En d'autres termes, le législateur a entendu décider, que la donation entre vifs ne doit en rien dépendre de la volonté du donateur ; du moment qu'une personne fait une donation, il faut qu'elle se dépouille irrévocablement de la chose donnée ; le législateur a voulu proscrire les clauses par lesquelles directement ou indirectement le donateur se réserverait de reprendre tout ou partie des biens donnés.

Nous trouvons consacré le principe de l'irrévocabilité des donations par quelques codes étrangers inspirés du Code civil français, ainsi : les Codes civils italien, espagnol et portugais. Nous pouvons même ajouter que l'irrévocabilité apparaît comme ayant un caractère plus absolu dans le Code espagnol et dans le Code italien que dans le Code français ; en effet, celui-ci lève, en ce qui concerne les donations faites par contrat de mariage, la prohibition de donner des biens à venir.

De nombreux conflits de lois peuvent naître en cette matière, non seulement entre la loi française et une autre loi qui, comme la loi allemande, par exemple, ne consacrerait pas le principe de l'irrévocabilité des donations, mais encore entre deux lois qui, consacrant le principe de l'irrévocabilité, ne sont pas d'accord sur les conséquences à en tirer. Ainsi la loi espagnole ne reproduit pas la prohibition de l'article 944 du Code civil français :

un espagnol peut donc d'après sa loi nationale faire une donation où il insérerait une clause contraire à l'article 944 et cette donation sera valable en Espagne. Le conflit de lois peut naître facilement : supposons qu'une pareille donation porte sur des immeubles situés en France et que les tribunaux français soient appelés à se prononcer sur sa validité ; immédiatement se pose la question de savoir quelle est la loi qui doit régir ce rapport de droit. Sera-ce la loi française ? Sera-ce la loi espagnole ?

Souvent il pourra arriver que le conflit naisse entre trois lois. Ainsi, dans l'hypothèse prévue, supposons que le contrat de donation a été passé en Allemagne, voilà donc la loi allemande qui à son tour pourrait se prétendre compétente à titre de *lex loci contractus*.

Pour nous résumer, le conflit est possible entre trois lois : la loi nationale du disposant ; la loi du lieu où les biens sont situés et la loi du lieu où le contrat a été passé ; et de fait, la compétence de chacune de ces trois lois a été soutenue par les jurisconsultes.

La doctrine qui prévaut en France, consacrée par la jurisprudence, distingue, comme pour les successions *ab intestat*, entre les meubles et les immeubles ; elle assimile les prohibitions que le Code civil a rattachées au principe de l'irrévocabilité des donations à des lois successorales et arrive ainsi à faire régir les donations, du moins en ce qui concerne les immeubles, par la loi du pays où ils sont situés, et quant aux meubles par la loi personnelle du disposant.

Nous trouvons dans la jurisprudence française beaucoup d'arrêtés qui ont décidé, du moins en ce qui concerne les immeubles, que les donations sont régies par la loi de la situation des biens, surtout pour les immeubles laissés

en France par des étrangers. La jurisprudence a appliqué ce principe à la détermination soit des héritiers, soit de la quotité disponible et aussi — ce qui nous intéresse le plus — à l'irrévocabilité des donations et aux exceptions à ce principe.

La Cour de cassation par arrêt du 2 avril 1884 préféra la loi française à la loi espagnole pour une donation de biens présents et à venir faite par contrat de mariage, pour la raison que les immeubles donnés étaient situés en France. (Nous reviendrons sur cet arrêt plus longuement quand nous parlerons de l'institution contractuelle.)

Les auteurs qui se rattachent à cette opinion considèrent, les uns, que l'irrévocabilité des donations ayant pour but d'empêcher des libéralités au détriment des héritiers légitimes doit être rattachée au régime successoral et régie par la même loi que celui-ci ; les autres, que les prohibitions qui sanctionnent le principe de l'irrévocabilité intéressent la disponibilité des biens, et comme telles doivent rentrer dans le statut réel : ils appliquent donc la loi de la situation (1). M. Brocher (t. II,

(1) V. Aubry et Rau, p. 84 ; Duranton, t. I, n° 85 ; Demolombe, t. I, n° 83. Ces auteurs considèrent la prohibition de donner des biens à venir autrement que par contrat de mariage comme rentrant dans la catégorie des lois réelles, parce que toutes les dispositions qui ont pour but la conservation des biens dans les familles créent une indisponibilité de biens. Dans ce sens nous trouvons un arrêt de la Cour de cassation du 3 mai 1815, S. 1815. I. 352 (Badin contre les héritiers Ayme). Par cet arrêt, la Cour décide qu'une donation de biens présents et à venir, faite hors mariage, en pays étrangers soumis aux lois romaines qui permettaient ce genre de donations même hors mariage, ne peut valablement frapper les biens du donateur situés en France. Dans ses considérants, la Cour pose en principe que les lois qui défendent de disposer des biens, soit en tout, soit en partie, soit en telles ou telles circonstances constituent des statuts réels, qui affectent directement les

p. 27) considère les prohibitions résultant de la règle « donner et retenir ne vaut » comme tenant au fond du droit et enseigne qu'elles sont de la même compétence que la succession légale. Laurent (t. VI, p. 487) se prononce aussi pour la réalité, bien qu'à regret, parce que, dit-il, cette solution est conforme à la doctrine traditionnelle. A côté de cette opinion qui enseigne la réalité nous en trouvons deux autres : l'une se prononce pour la compétence de la *lex loci contractus* et l'autre pour celle de la loi nationale du donateur. Le système de la réalité ne nous retiendra pas longtemps, car dès le début de cette étude nous avons combattu l'assimilation du régime international des donations à celui de la succession légale ; mais nous nous réservons d'y insister à l'occasion des donations entre époux quand nous examinerons la doctrine des anciens auteurs et la jurisprudence de la Cour de cassation.

Avant de nous prononcer entre les deux autres opinions, il nous semble nécessaire d'exposer les règles qui régissent les contrats en droit international privé, afin que la solution à laquelle nous nous rattacherons soit solidement établie.

§ 2. — Des règles qui régissent les contrats en droit international privé. — Exposé de la doctrine courante. — Restriction de l'autonomie de la volonté aux lois facultatives.

La doctrine courante, en cette matière, est celle qu'on appelle la doctrine de l'*autonomie de la volonté*, qu'on peut résumer ainsi : lorsqu'un conflit se présente relativement

biens et enchainent la liberté du propriétaire, quelle que soit la loi de son domicile. V. aussi Dalloz, *Dispositions entre vifs*, n° 1356.

à un contrat, dès qu'il ne s'agit plus de règles de capacité et d'ordre public, c'est dans la volonté même des contractants qu'il faut chercher la solution du conflit ; c'est la loi adoptée par les parties elles-mêmes qui doit prévaloir.

Beaucoup d'auteurs invoquent à l'appui de cette opinion l'article 1134 du Code civil : « Les conventions tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. » M. Weiss (1^{re} édit., p. 796) après l'avoir cité ajoute : « La loi proclame ainsi l'autonomie des parties contractantes ; elle leur permet de régler à leur gré, dans les limites de la capacité qu'elle leur reconnaît, de l'ordre public et des bonnes mœurs, leurs relations juridiques, de disposer de leur patrimoine, de créer des obligations. » Ainsi d'après cette doctrine, toutes les lois sont facultatives au point de vue international en matière de contrats, même celles qui concernent le fond, et comme le dit M. Pillet (1), l'œuvre des jurisconsultes en cette matière ne consisterait plus comme ailleurs à déterminer la loi à laquelle on devra se soumettre, mais à découvrir celle que les parties contractantes doivent être présumées avoir acceptée dans les diverses hypothèses qui peuvent être prévues, ce que l'auteur n'admet d'ailleurs pas.

Il est vrai qu'en cette matière nous rencontrons nombre de lois ayant un caractère facultatif ; mais cela s'explique par ce fait que le législateur, sans entendre restreindre la faculté de contracter, a voulu, précisément pour mieux garantir cette liberté, régler à grands traits les obligations que l'homme peut assumer. La plupart de ces lois, auxquelles les parties peuvent déroger, même dans

(1) *Clunet*, 1895, p. 939.

leur pays, ont pour but de suppléer au silence des parties ou d'interpréter leur volonté en cas de besoin ; elles ont surtout pour objet de régler soit les conséquences qui sont communes à toutes les obligations, soit d'indiquer celles qui sont particulières à un contrat dont la loi s'occupe spécialement. Les parties peuvent déroger à ces lois supplétives ou interprétatives, — car elles ne s'imposent pas aux parties, — même dans l'intérieur de leur pays, soit expressément, soit tacitement ; elles sont libres de régler, comme elles l'entendent, les clauses de leurs conventions ; elles peuvent emprunter, par une stipulation formelle, les dispositions d'une loi étrangère, en les reproduisant intégralement. Ainsi, en ce qui concerne les lois facultatives, la volonté des parties fait la loi.

Ces lois étant facultatives pour régler les contrats entre nationaux, le seront aussi pour les contrats internationaux, et comme nous sommes dans le domaine de l'autonomie, il est vrai de dire que c'est dans la volonté même des contractants qu'il faut chercher la question de savoir à quelle loi ceux-ci se sont référés pour déterminer la portée et les effets du contrat (1).

Tout le problème se réduit donc à déterminer quelle loi doit régir le contrat, d'après les intentions présumées des parties. Nous nous contenterons d'indiquer brièvement l'opinion générale sur cette question.

Si les parties ont exprimé leur volonté quant à la loi

(1) Fœlix, t. I, n° 94, p. 221 et suiv. ; Laurent, t. II, n°s 209 et suiv., t. VII, n°s 247 et suiv. ; Esperson, *Le droit international privé dans la législation italienne*, Clunet, 1882, p. 270 ; Weiss, 2^e édition, p. 257 ; Despagne, 2^e édition, p. 473 ; Surville et Arthuys, p. 220 et les auteurs anglais et américains tels que Wharton, Philimore et Story.

qui doit régir le contrat, il n'y a aucune difficulté ; c'est à elle qu'on donnera la préférence. Mais il arrive souvent que les parties n'expriment pas leur volonté ; c'est alors qu'on aura recours aux présomptions.

Si les personnes qui contractent hors de leur pays appartiennent à la même nationalité, on appliquera au contrat leur loi nationale commune. On suppose que les parties ont entendu suivre cette loi de préférence à toute autre, parce qu'elles la connaissent d'abord et ensuite parce qu'elles sont habituées à considérer leur loi nationale comme devant régler tous les actes de leur vie juridique.

Si les contractants sont de nationalités différentes, l'opinion générale applique la loi du pays où le contrat est formé, la *lex loci contractus* ; comme d'un côté il n'y a plus de loi nationale commune, et que de l'autre il n'y a pas de raison de préférer la loi personnelle de l'une des parties contractantes, on suppose qu'elles ont entendu se référer aux dispositions de la loi du lieu où elles contractent, sur lesquelles elles pouvaient se renseigner facilement (1) ; cette solution, outre qu'elle est logique puisqu'elle soumet le contrat à la loi du lieu où il a été fait, a pour elle aussi la commodité. Elle est enseignée par la majorité des auteurs et consacrée par la jurisprudence française. D'autres hypothèses peuvent se présenter : le contrat peut avoir divers moments juridiques de formation ; il peut se former entre absents et alors l'accord de volonté se sépare en deux parties : donation proprement dite d'une part, et acceptation de la dite donation d'au-

(1) Fœlix, t. I, n° 96, p. 223 à 227 ; Fiore, p. 400 et suiv., n°s 239 et suiv. ; Laurent, t. VII, n°s 434, 435 et suiv. et 727 ; Weiss, 2^e édit., p. 632 ; Despagne, 2^e édit., p. 675 ; Surville et Arthuys, p. 226.

tre part. Dans tous ces cas, le contrat est présumé réglé par la loi du lieu où il est devenu parfait.

Ces deux solutions ont trouvé place dans l'article 9 des dispositions préliminaires du Code civil italien : « Le fond et les effets des obligations sont censés réglés par la loi du lieu où elles sont faites, et, si les contractants étrangers sont d'une même nation, ce sera par leur loi nationale, sauf l'expression d'une autre volonté. »

Toutes ces solutions que la doctrine courante applique aux contrats sans distinguer entre les lois facultatives et obligatoires, ou du moins sans faire de cette distinction un principe de décision, ne doivent s'appliquer, d'après la théorie que nous admettons, qu'aux lois facultatives.

Il y a dans cette matière beaucoup de lois auxquelles les parties, malgré leur autonomie, ne peuvent pas déroger, parce qu'elles s'imposent aux contractants dans leur propre intérêt. C'est à l'égard de ces lois que M. Pillet (*Clunet*, 1895, p. 951) se refuse à admettre que, dans le commerce international, la volonté des parties puisse avoir cette influence de déterminer la législation à laquelle le contrat sera soumis. Comme exemple de lois obligatoires, nous pouvons citer les lois sur la prescription extinctive, sur les vices du consentement, sur les conditions potestatives, et d'autres encore qui sont surtout nombreuses dans la matière des donations et sur lesquelles nous reviendrons. Pourquoi une loi obligatoire pour l'individu dans son propre pays n'aurait-elle plus le même caractère dans les relations internationales ? La volonté humaine doit-elle être respectée au point de lui permettre de violer la loi ? Nous ne le croyons pas et nous pensons avec l'auteur de la théorie que nous admettons qu'il faut restreindre dans de justes limites cette omnipo-

tence reconnue à la volonté, autrement on énerve l'action de la loi, on annule son autorité. D'ailleurs, cette façon de voir est la seule qui conserve à la loi son maximum d'effets dans les relations internationales. Cette théorie retire donc du domaine de l'autonomie de la volonté les lois obligatoires en matière de contrat. Comment résoudre alors les conflits en cette matière ? Nous appliquerons le même principe qui nous a déjà servi : rechercher quel est le but social de la loi en question. Si parmi ces lois nous en trouvons qui soient des lois de protection individuelle, nous ferons régir le rapport de droit par la loi nationale des intéressés ; si nous sommes en présence de lois d'ordre public, nous appliquerons la loi du pays dont l'ordre public est en jeu. Finalement M. Pillet (1) propose cette classification importante : « 1° Les lois vraiment facultatives, c'est-à-dire celles dont l'application est, en droit intérieur, subordonnée à la volonté des parties. C'est à l'aide d'inductions tirées de cette volonté que l'on résoudra les conflits auxquels elles peuvent donner naissance ; 2° les lois obligatoires d'intérêt public qui correspondent au principe de la territorialité ; 3° les lois obligatoires d'intérêt privé que nous maintiendrons autant qu'il nous sera possible, sous l'empire du statut personnel des parties (2). » Cette division nous sera d'une grande utilité, quand il s'agira de déterminer la loi qui doit régir l'irrévocabilité des donations, car c'est justement dans le troisième terme de la classification que nous admettons et qui manque dans l'autre

(1) A. Pillet, *Essai d'un système général de solution des conflits de loi. Journal de dr. int. privé*, 1895, p. 944.

(2) V. Laurent, *Dr. civil int.*, t. VIII, n° 158 ; Audinet, *Dr. int. privé*, p. 289.

que nous croyons devoir faire rentrer le principe de l'irrévocabilité.

Demandons-nous, à présent, si pour la donation ordinaire, relativement aux lois facultatives, il n'y aurait pas lieu, dans le cas où les deux parties contractantes sont de nationalité différente, de modifier la présomption d'après laquelle les parties se sont référées à la *lex loci contractus*. Voyons s'il n'est pas plus conforme à la nature du contrat de donation, dans lequel le donateur joue le rôle principal, de présumer que la donation sera régie par sa loi nationale, à moins qu'il n'ait exprimé une volonté contraire.

La donation est un contrat unilatéral où le donateur seul s'oblige ; il rend un service gratuit au donataire, ce qui a conduit quelques auteurs à considérer la loi nationale du donateur comme régissant le contrat.

Laurent, suivant sur ce point Fœlix (1), qui établit comme principe que les engagements unilatéraux sont régis par la loi de la patrie ou du domicile de celui qui s'est obligé, est porté aussi à tenir plutôt compte dans les contrats unilatéraux de la loi de celui qui s'oblige ; mais il restreint la règle posée par Fœlix aux seuls contrats où le débiteur rend un service gratuit au créancier. « Les contrats bilatéraux, dit Laurent (2), sont des contrats commutatifs ; chacune des parties s'engage à donner ou à faire une chose qui est regardée comme l'équivalent de ce qu'on fait pour elle. De là il suit que le législateur, quand il recherche l'intention probable des contractants, doit prendre en considération la volonté des deux parties, parce qu'elles

(1) Fœlix, *Dr. int. privé*, t. I, p. 159 et 230, note 6 (Demangeat).

(2) Laurent, VII, n° 478.

sont également intéressées à la convention. Il n'en est pas de même dans les contrats unilatéraux ; une seule des parties, le débiteur, contracte un engagement ; il paraît donc très naturel de tenir grand compte de l'intention de celui qui s'oblige. Cela est vrai surtout dans les contrats où le débiteur rend un service gratuit au créancier, tels sont les dépositaires, les mandataires, les cautions et notamment *le donateur*. Il dépend de celui qui rend un service d'en limiter l'étendue ; c'est la raison pour laquelle les juristes italiens présument que la donation est régie par la loi nationale du donateur, sauf la preuve d'une intention contraire, et l'on devrait admettre la même présomption pour tous les contrats gratuits. » Pour justifier cette solution quant à la donation, on part de cette idée que c'est la volonté du donateur qui doit déterminer la loi du contrat. « Il faut, en matière de donation, dit Laurent (1), poser comme principe que la volonté du donateur est la loi suprême, à la différence des contrats ordinaires où l'on doit tenir compte de la volonté des deux parties contractantes. » Partant, et en tenant compte seulement de la volonté du donateur, on présume qu'il a entendu se référer à la loi qu'il connaissait le mieux, c'est-à-dire à sa loi nationale. Cette façon de voir est celle des juristes italiens et du Code civil italien, article 9, 2^e alinéa des dispositions préliminaires : « La substance et les effets des donations et des dispositions de dernière volonté sont censés réglés par les lois nationales des disposants. » Nous croyons que cette prescription posée par le Code civil italien a son fondement dans ce que le législateur italien ainsi que le législateur français, considère la donation plu-

(1) Laurent, VII, p. 574.

tôt comme un acte de disposition que comme un contrat ; on s'attache à cette idée que la donation comme le testament est un acte de disposition, et comme en matière de testament (1) on admet que c'est la volonté du testateur qui fait la loi et on a étendu ce principe au contrat de donation.

Nous nous rattachons à l'opinion contraire qui estime que même dans le contrat unilatéral il faut tenir compte de la volonté des deux parties contractantes. La donation est un contrat, unilatéral il est vrai, mais ce caractère ne lui fait pas perdre sa nature juridique. Comme tout contrat la donation exige un accord de volontés qui est indispensable ; si le consentement des deux parties manque, il n'y a pas donation. Si donc c'est la volonté commune des contractants qui forme le contrat de donation, c'est aussi à cette volonté commune qu'il faut se référer pour déterminer la loi par laquelle le contrat sera régi. « Les mêmes principes, dit M. Despagne (2), doivent s'appliquer aux contrats synallagmatiques et aux contrats unilatéraux ; c'est à tort que Fœlix fait toujours régir ces derniers par la loi personnelle du débiteur. Cette solution ne s'expliquerait que pour les actes unilatéraux tels que le testament ; mais, dans un contrat quel qu'il soit, bilatéral ou unilatéral, on trouve un accord de deux ou plusieurs volontés, et, comme il serait arbitraire de s'attacher à la loi nationale de l'une des parties, on doit appliquer une législation qui soit acceptée vraisemblablement par elles toutes, c'est-à-dire leur loi nationale si

(1) Dans le même sens, Weiss, p. 864 ; Laurent, VI, p. 526. — Bordeaux, 5 août 1872, S. 1872.2.269.

(2) Despagne, *op. cit.*, n° 407, p. 399.

elles ont la même nationalité, ou, dans le cas contraire, la loi du pays où la convention est conclue. »

En adoptant cette solution, nous ne pouvons pas encourir le reproche d'abandonner notre théorie et de revenir à celle de l'autonomie telle qu'elle est soutenue par l'opinion courante, car il est bien entendu que, d'après nous, la question ne se pose que pour les lois facultatives auxquelles on peut déroger même dans les contrats entre nationaux. Ainsi, par exemple, toutes les fois qu'un conflit naîtra sur la question de savoir si la donation peut être révoquée pour cause d'inexécution de charges ou bien si le donateur doit la garantie et dans quelle mesure, ce sera à la loi choisie par les parties que nous demanderons la solution ; dans le silence des parties nous ne croyons pas qu'il faille se référer seulement à la volonté probable du donateur, car le donataire est intéressé autant que le donateur en ces questions.

Mais, en ce qui concerne les lois obligatoires d'intérêt privé, qui sont surtout nombreuses dans la matière des donations, et qui ont pour but la protection particulière du donateur, ici nous n'accordons aucun effet à la volonté des parties. Ces lois étant des lois de protection individuelle rentrent dans le statut personnel. Et quand il y a conflit sur une disposition rentrant dans le statut personnel, c'est toujours la loi nationale du donateur qui doit prévaloir, car c'est dans son intérêt que le législateur a établi des dispositions prohibitives. Ainsi, toutes les fois qu'il y aura conflit sur la question de savoir si le donateur a pu faire une donation révocable ou sous une condition potestative, c'est à la loi nationale du donateur qu'il faut demander la solution.

§ 3. — Application des principes à la solution des conflits de lois qui peuvent naître en matière d'irrévocabilité. Réfutation de l'opinion qui fait prévaloir la loi du contrat. Compétence de la loi nationale du donateur.

Nous commencerons par exposer l'opinion qui fait intervenir, en cette matière, l'autonomie de la volonté parce que, en la réfutant, nous défendons par cela même la solution à laquelle nous nous rattacherons.

MM. Baudry-Lacantinerie et Maurice Colin (1) admettent bien qu'il faut chercher dans la théorie générale des contrats en droit international privé la solution des conflits de lois en cette matière ; seulement ils s'en tiennent à la doctrine courante de l'autonomie de la volonté, et ils font dépendre l'irrévocabilité des donations purement et simplement de la volonté des contractants. Après avoir dit qu'ils ne voient guère pourquoi ce qui est vrai des contrats en général ne le serait point de la donation, ces auteurs concluent ainsi : « C'est à la législation du pays dans lequel la donation est passée qu'il faudra s'attacher, en principe, pour résoudre la question de savoir si la donation doit être considérée comme irrévocable et dominée par la règle « donner et retenir ne vaut ». Cette conclusion serait évidemment bonne à tous les points de vue, si les lois sur l'irrévocabilité étaient des lois facultatives ; or, personne ne doute que toutes les dispositions relatives à l'irrévocabilité sont strictement obligatoires : la loi les impose aux parties à peine de nullité de la donation, soit de la donation tout entière dans les cas prévus par les articles 943, 2^e partie, 944 et 945, soit d'une partie seulement de la donation dans les cas des articles 943, 1^{re} partie

(1) Baudry-Lacantinerie et Maurice Colin, *Donations et testaments* t. I, p. 707.

et 946. Nous nous trouvons en face de restrictions apportées à la volonté des parties précisément, et alors on ne peut soutenir sans détruire l'autorité de la loi, que c'est la volonté des parties qui déterminera la loi applicable. La question est de savoir — et c'est justement ce qu'il faudrait démontrer — si les parties dans les contrats internationaux doivent jouir d'une plus grande liberté que dans les contrats entre nationaux ; ainsi que le dit M. Pillet, reconnaître aux parties une trop grande autonomie, serait leur permettre de se mettre au-dessus de la loi elle-même. Or, aucun des auteurs qui préconisent l'autonomie sans restrictions ne s'attache à la justifier ; ils se contentent seulement de l'affirmer et concluent que c'est la loi que les parties sont présumées avoir choisie qui régira pour le tout le contrat, dès qu'il ne s'agit pas de règles d'ordre public et de capacité.

Les dispositions sur l'irrévocabilité, bien qu'elles ne rentrent ni dans les lois de capacité, ni dans les lois d'ordre public, sont des lois obligatoires au premier chef ; nous admettons donc *a priori* qu'elles ne rentrent pas dans le domaine de la volonté des contractants.

Du moment que nous ne sommes plus à même de déterminer la loi qui régira le contrat de donation quant à l'irrévocabilité par des présomptions tirées de la volonté des parties, il faut recourir au principe qui nous a déjà maintes fois servi à trancher les conflits de lois.

Il faut donc que nous nous demandions quel est le but social poursuivi par le législateur qui déclare les donations irrévocables.

L'irrévocabilité des donations, ainsi que la majorité des règles restrictives que nous avons rencontrées dans les donations, tiennent toujours à la défiance dans laquelle le

législateur tient les donations. La donation est un contrat de bienfaisance par lequel le donateur dispose à titre gratuit sans compensation. Aussi, dans l'intérêt du donateur et de sa famille, le législateur a entouré le contrat de donation de formes solennelles requises à peine de nullité, il a restreint la faculté de disposer et surtout il a édicté nombre de dispositions restrictives afin de rendre les donations plus rares.

Parmi ces dispositions restrictives nous trouvons le principe de l'irrévocabilité des donations qui a reçu dans l'ancien droit coutumier une formule d'un emploi très usité : *donner et retenir ne vaut*.

Quant au fondement de la règle, on n'est pas d'accord ; a-t-elle été introduite, comme le dit Eusèbe de Laurière (1) « en faveur des donateurs afin que, connaissant la perte qu'ils vont faire, ils soient moins faciles à se dépouiller », ou bien en faveur des héritiers du donateur et pour garantir la conservation des biens dans les familles ;... on ne sait. Ce qui est sûr, c'est que le législateur a pensé qu'en rendant la donation irrévocable, les donateurs se dépouilleraient moins facilement. La conservation des biens dans les familles n'a pas beaucoup préoccupé le législateur du Code civil, ainsi que le prouve l'article 732 du Code civil. « La loi ne considère ni la nature, ni l'origine des biens pour en régler les successions » ; le Code a supprimé la différence qui existait dans l'ancien droit entre les propres et les acquêts.

Dans quelle intention a-t-il maintenu la règle, sinon pour protéger le donateur et sa famille ?

En matière de contrat, le législateur laisse aux parties

(1) Eusèbe de Laurière, notes sur Loysel, *Institutes coutumières*, livre IV, titre IV, règle 5.

une très grande liberté ; mais le contrat de donation étant plus dangereux que les autres, puisque ce n'est plus l'intérêt qui guide le donateur, le législateur a voulu le protéger autant que possible sans porter atteinte au principe même de libre disposition. Il existe, dit M. Pillet (1), dans la matière des obligations des lois restrictives inspirées par des considérations d'intérêt privé. « Elles sont nombreuses dans le chapitre des donations. C'est par intérêt pour la liberté du donateur, c'est pour éviter que l'incertitude de l'objet et l'éloignement de l'échéance ne déterminent à des donations qui n'eussent pas été faites sans cela, que les rédacteurs du Code civil ont prohibé, en règle générale, la donation de biens à venir et la donation des biens présents et à venir. Les prohibitions doivent donc demeurer sous l'empire de la loi personnelle des intéressés. » Si notre loi est une loi de protection individuelle, elle rentre, bien que n'étant pas une loi de capacité, dans le statut personnel des parties ; car, dès le principe, la théorie que nous avons admise a posé comme critérium de solution des conflits de lois, que toutes les lois de protection individuelle doivent être considérées comme extraterritoriales dans le commerce international et maintenues dans la mesure du possible dans le statut personnel et que les lois d'ordre public sont territoriales. Nous arrivons donc, bien que partis de la théorie des contrats, à accorder une compétence exclusive à la loi nationale des intéressés.

Si le donateur et le donataire appartiennent à la même nationalité, on appliquera leur loi nationale commune pour décider de l'irrévocabilité ; ainsi, s'ils sont tous les

(1) A. Pillet, *Clunet*, 1896, p. 11, *loc. cit.*

deux français et que la donation ait été faite en Allemagne et porte sur des immeubles qui y sont situés, on devra, si la question d'irrévocabilité est portée devant les tribunaux, appliquer la loi française et annuler la donation si les contractants n'ont pas observé ses prescriptions quant à l'irrévocabilité.

Si le donateur et le donataire sont de nationalité différente et que leurs lois nationales soient en contradiction, quelle loi doit-on faire prévaloir? Nous répondons qu'il faudra appliquer la loi personnelle du donateur. Cette solution s'impose en effet, si l'on pense que le but social des lois sur l'irrévocabilité est la protection spéciale du donateur; nous croyons pouvoir rapprocher cette solution d'une autre admise par la doctrine et la jurisprudence en matière de tutelle que voici: en cas de divergence entre le statut personnel du tuteur et celui de son pupille, c'est la loi de ce dernier qui devra régir le rapport en litige. D'ailleurs cette façon de voir est logique, car elle conduit à attribuer compétence à la loi qui est la plus en mesure de protéger le donateur, c'est-à-dire sa loi nationale.

M. de Bar (1) estime que les règles particulières au contrat de donation ont leur fondement dans la protection particulière que la législation accorde soit au donateur entraîné par sa propre légèreté ou dont d'autres ont exploité la bonté, soit à la famille du donateur. Quant à la loi applicable, M. de Bar conclut ainsi: « Les règles particulières d'après lesquelles il convient de juger les donations doivent être cherchées dans le statut personnel du

(1) De Bar, *Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, t. II, p. 210 et suiv.

(2) De Bar pense que c'est la loi du lieu d'exécution et non la *lex loci contractus* qui doit régir le contrat.

donateur et c'est seulement dans le cas où une prescription restrictive concernant la donation a sûrement pour but de protéger le donataire contractant des obligations particulières par l'acceptation de la donation — ce qui est aussi possible — que l'on doit observer les prescriptions du statut personnel du donataire. » M. de Bar ne croit pas qu'on puisse appliquer en cette matière la doctrine admise pour les contrats qui fait dépendre leur validité intrinsèque de la loi choisie par les parties. Si la loi exige pour la validité de la donation certaines prescriptions, peut-on admettre que les intéressés peuvent se soumettre à l'observation de ces prescriptions en choisissant arbitrairement un lieu étranger pour l'accomplissement et le payement où ces prescriptions n'existeraient pas.

Nous pouvons citer dans le même sens M. Despagne (*Précis de dr. int. pr.*, p. 509 et 510) qui fait régir l'irrévocabilité des donations par la loi nationale du donateur. Seulement, il part du principe contraire à celui que nous avons admis, que l'irrévocabilité des donations dépend de la loi qui régit les successions, et en cela il se rapproche beaucoup de la façon de voir de la jurisprudence française, avec cette différence qu'il fait régir la succession par la loi nationale du défunt sans distinguer entre la succession mobilière et immobilière. Comme M. de Bar, il admet que la volonté de contractants ne peut pas faire la loi en matière d'irrévocabilité. « En vain objecterait-on que l'irrévocabilité dépend de la volonté du donateur qui a pu se soumettre à telle loi qui lui convient, puisque la donation est un contrat et, comme tel, relève de l'autonomie des parties. On a déjà vu, en effet, que, dans l'intérêt des héritiers, l'autonomie des parties est considérablement restreinte dans les donations : notamment l'impossibilité

de faire des donations irrévocables peut être considérée comme une véritable incapacité, pour laquelle les parties sont régies nécessairement et en tout lieu par leur loi nationale ».

Nous trouvons cette solution consacrée par l'article 9 des dispositions préliminaires du Code civil italien : « La substance et les effets des donations et des dispositions de dernière volonté sont censés réglés par les lois nationales des disposants (1). »

§ 4. — Des principales applications de la règle
« donner et retenir ne vaut » (2).

I. Aux termes de l'article 943 : « La donation entre vifs ne pourra comprendre que les biens présents du donateur ; si elle comprend des biens à venir, elle sera nulle à cet égard. » Cette disposition n'est, d'après l'opinion générale,

(1) Esperson, *Clunet*, 1882, p. 273. La substance et les effets des donations et des dispositions de dernière volonté sont réputés réglés par la loi nationale des disposants par suite de la présomption rationnelle qu'un donateur ou un testateur veut se référer à la loi de sa propre nation plutôt qu'à celle en vigueur au lieu de la donation ou du testament ou dans les pays où se trouvent les biens qui en forment l'objet, ces lois pouvant être complètement ignorées par lui. Mais cette présomption appartient à la catégorie des présomptions *juris tantum*, lesquelles admettent la preuve contraire.

(2) Le Code allemand ne prohibe pas la donation des biens futurs.

Le Code autrichien, article 943, décide qu'on peut disposer par donation entre vifs, de toute sa fortune présente, mais de la moitié seulement des biens futurs.

Le Code espagnol défend aussi la donation des biens à venir dans l'article 635 ainsi conçu : « La donation ne pourra comprendre les biens futurs. Par biens futurs on entend ceux dont le donateur ne peut disposer au moment de la donation. »

Le Code italien, article 1064, et le Code portugais, article 1463, prohibent aussi la donation des biens à venir.

qu'une conséquence logique du principe posé par l'article 894. Le donateur doit se dépouiller actuellement et irrévocablement en faveur du donataire ; or, le donateur étant libre d'acquérir ou de ne pas acquérir des biens, il dépendrait de lui de donner ou de ne pas donner d'effet à la donation. La donation, par conséquent, se trouverait entièrement subordonnée à sa volonté, ce qui est contraire à la règle « donner et retenir ne vaut ». Cette disposition a son origine dans le vieux droit français, et a été inspirée par la défaveur marquée de l'ancien droit contre la donation. De plus, comment l'ancien droit, qui se préoccupait avant tout de la conservation des biens dans les familles, aurait-il permis à un individu de se dépouiller de biens futurs, alors qu'il entourait la donation de ses biens présents de tant de formalités compliquées ?

Si l'on admet que la prohibition de l'article 943 est une conséquence du principe de l'irrévocabilité, il est évident qu'en cas de conflit, il faudra la faire régir par la loi du principe même de l'irrévocabilité, c'est-à-dire, d'après nous, par la loi nationale du disposant.

Mais il nous faut prouver que, quel que soit le parti qu'on pourrait prendre sur les rapports de notre disposition avec la règle « donner et retenir ne vaut », on arrive en appliquant la théorie que nous avons admise à la même solution.

Demandons-nous si notre disposition est une loi de protection individuelle ou de garantie sociale ?

Nous avons dit que toute loi qui a pour but de protéger les activités particulières des individus est une loi de protection individuelle, extra-territoriale dans le commerce international. Si on analyse notre disposition, on arrive sans difficulté à conclure que son véritable but est la

protection du donateur. Le législateur a avant tout pour mission de mettre les individus à même de donner leur maximum de travail, en les protégeant et en leur garantissant le produit de leur travail. D'un autre côté, nous croyons que le meilleur stimulant de l'homme est toujours l'intérêt personnel ; quand cet intérêt manque, son activité se ralentit. Ce principe admis, quel intérêt l'individu qui a fait donation de ses biens futurs aura-t-il à augmenter son patrimoine, quand il sait fort bien que la liberté de disposer à son gré des choses nouvellement acquises ne lui appartient plus (1) ? Reste son affection pour le donataire, mais cette affection peut diminuer et quelquefois même il se peut que le donateur la retire, pour la placer sur une autre personne qui lui est devenue chère ; or c'est surtout dans ce cas qu'il se repentira amèrement d'avoir disposé de tous ses biens. Le législateur devait nécessairement permettre et il a permis la libre disposition des biens présents, mais pour protéger le donateur contre ses propres entraînements, il lui a défendu de donner les biens futurs. Cette idée apparaît plus clairement si nous comparons notre disposition avec celle de l'article 1130 qui dit que les choses futures peuvent faire l'objet d'une obligation. Là où l'intérêt guide l'individu, la loi lui laisse pleine liberté ; mais dans la donation, le donateur n'a d'autre mobile que celui de gratifier le donataire et il était à craindre qu'il ne fût victime de ses propres sentiments.

Aussi croyons-nous avoir démontré que notre disposition est une loi de protection individuelle, qui rentre par conséquent dans le statut personnel de l'individu.

(1) Son travail serait pour ainsi dire asservi, car tout ce qu'il pourra acquérir reviendra au donataire.

Remarquons de plus qu'elle n'est pas de celles que les parties peuvent se dispenser de respecter même dans l'intérieur de leur pays ; si on y contrevient, l'acte est entaché de nullité. Notre disposition n'est pas une loi facultative, c'est une loi obligatoire à laquelle les parties ne peuvent se soustraire, alors même qu'elles auraient expressément déclaré qu'elles ont entendu régir le contrat de donation par une autre loi ; car notre disposition, vu son caractère obligatoire, ne rentrant pas dans le domaine de l'*autonomie de la volonté*, se place nécessairement sous l'empire de la loi personnelle du donateur. Ainsi la donation des biens futurs faites par un Français à l'étranger serait nulle, alors même que, d'après la *lex loci actus* à laquelle les parties se sont référées, pareille donation serait valable, alors même que la *lex rei sitae* ne l'annulerait pas. Brocher (1) croit qu'il faut appliquer la loi qui régit la succession légale et c'est l'opinion qui prédomine. Laurent (2) décide de même que le statut de l'article 943 est réel puisqu'il a pour but de conserver les biens dans la famille : la libéralité que ferait un donateur étranger de ses biens à venir serait nulle, quant aux biens situés en France : la réalité le veut ainsi. Nous pensons au contraire que cette donation est valable si la loi nationale de l'étranger lui permet de disposer de ses biens à venir ; la loi française ne peut empêcher l'application de la loi étrangère, que si cette loi est en contradiction avec une disposition d'ordre public français ; mais nous avons montré que l'article 943 est une loi de protection rentrant dans le statut personnel.

(1) Brocher, t. II, p. 27.

(2) Laurent, t. VI, p. 486.

(3) Dans le même sens, l'arrêt déjà cité du 3 mai 1815, S. 1815. I.352.

II. Aux termes de l'article 944 : « Toute donation entre vifs, faite sous des conditions dont l'exécution dépend de la seule volonté du donateur, sera nulle. » Ce texte signifie que la donation est nulle si son exécution dépend de la seule volonté du donateur et constitue encore une application de la règle « donner et retenir ne vaut », car en tant qu'il dépend du donateur de donner effet à la donation, il a donné et retenu à la fois ; la donation est donc nulle.

Il s'agit ici de la condition potestative ; mais il faut éliminer de suite la condition purement potestative de la part du donateur ; malgré ses termes, notre article ne vise pas la condition purement potestative, car il serait inutile en présence de l'article 1174 qui dit que toute obligation est nulle lorsqu'elle a été contractée sous une condition potestative de la part de celui qui s'oblige (arg. article 1086). Il s'agit donc ici des conditions simplement potestatives dont la réalisation dépend de la volonté du donateur et du hasard. On décide généralement, qu'à la différence d'un contrat ordinaire la donation est nulle, si elle est faite sous une condition potestative de la part du donateur.

On n'est pas d'accord sur la validité des donations faites sous une condition mixte, dont la réalisation dépend tout à la fois de la volonté du donateur et de la volonté d'un tiers (si je me marie avec telle personne déterminée). La doctrine générale et la jurisprudence les considèrent comme valables. On argumente des mots *de la seule volonté du donateur* de l'article 944 pour soutenir qu'il ne s'applique pas aux conditions dont l'exécution dépend d'une double volonté.

Cet article se rattachant au principe de l'irrévocabilité,

nous le ferons régir par la loi nationale du disposant ; car cette disposition a été décrétée dans l'intérêt du donateur et de sa famille (1). C'est une conséquence de la façon de voir de l'ancien droit, qui a voulu, en imposant au donateur de se dépouiller irrévocablement, rendre les donations plus rares ; on croyait que le donateur se dépouillerait moins facilement si on l'avertissait qu'une fois la donation parfaite il ne pourrait plus y revenir.

Laurent (2) se prononce pour la réalité du statut, mais il ne manque pas de critiquer cette disposition. Le donateur ne donne pas pour retenir, dit-il, cela serait un enfantillage ; il donne conditionnellement, et s'il ne fait pas usage de la clause qui lui permet de retenir la chose donnée, pourquoi ne pas valider la donation ? Est-ce répondre à l'intention des parties, que d'annuler la donation alors même qu'elle pourrait avoir un effet ? — Nous admettons cette façon de voir et nous croyons aussi qu'à ce point de vue il vaudrait mieux faire rentrer la donation dans le droit commun. Dans le droit allemand où la donation est considérée comme un contrat, nous ne trouvons pas de pareilles dispositions ; la donation est soumise au droit commun.

III. Nous rencontrons une troisième conséquence du principe de l'irrévocabilité dans l'article 945 ainsi conçu :
« Elle (la donation) sera pareillement nulle, si elle a été

(1) *Clunet*, 1895, p. 505. M. Pillet pense aussi que la validité d'une donation potestative dépend uniquement de l'absence ou de la présence de la règle : donner et retenir ne vaut, dans le statut personnel du donateur.

(2) Laurent, VI, p. 487, n° 285. Il se prononce pour la réalité parce que cette interprétation est conforme à la tradition ; mais il reconnaît que la réalité n'a rien à voir dans ce débat.

faite sous la condition d'acquitter d'autres dettes ou charges que celles qui existaient à l'époque de la donation, ou qui seraient exprimées, soit dans l'acte de donation, soit dans l'état qui devait y être annexé. » Une donation qui serait faite avec charge pour le donataire de payer les dettes non encore contractées au temps de la donation porterait atteinte à la règle « donner et retenir ne vaut » ; en effet, il dépend de la volonté du donateur d'anéantir partiellement et même totalement la donation si le montant des dettes contractées par lui postérieurement à la donation égale la valeur des biens donnés. Mais si le donateur a imposé au donataire l'obligation de payer des dettes à venir qui ont été exprimées dans l'acte de donation, la donation est valable. Cette cause de nullité existe dans beaucoup de codes dérivés du Code français : article 1067 du Code civil italien ; article 1707 du Code civil hollandais ; article 599 du Code civil du canton de Vaud ; mais elle n'existe pas dans le Code allemand, ni dans le Code autrichien.

Si un conflit de lois naît en cette matière, comment le résoudre ? La prohibition de l'article 945 étant, ainsi que nous l'avons dit, une conséquence du principe de l'irrévocabilité, nous ferons régir la conséquence par la même loi que le principe, c'est-à-dire par la loi nationale du disposant. Par suite, la donation faite à l'étranger par un Français à un Allemand contrairement à l'article 945 sera nulle, quelle que soit la *lex loci contractus* et quel que soit le lieu où les biens sont situés. Inversement la donation faite par un Allemand à un Français sous la condition que le donataire paiera les dettes à venir, sera valable même si les biens donnés sont situés en France. M. Brocher

et Laurent (1) pensent, au contraire, que la donation sera nulle en tant qu'elle porte sur des biens situés en France.

IV. Une dernière conséquence nous est indiquée par l'article 946 : « En cas que le donateur se soit réservé la liberté de disposer d'un effet compris dans la donation, ou d'une somme fixe sur les biens donnés ; s'il meurt sans en avoir disposé, ledit effet ou la dite somme appartiendra aux héritiers du donateur, nonobstant toutes clauses et stipulations à ce contraires. »

La donation est nulle pour le tout si le donateur s'est réservé la faculté de disposer de tous les biens donnés, et pour partie seulement s'il s'est réservé le droit de disposer de certains biens parmi ceux qu'il a donnés. La donation est nulle dans tous les cas à l'égard des biens dont le donateur s'est réservé la faculté de disposer, alors même qu'il n'en aurait pas usé et malgré toute clause contraire.

Cette disposition, contraire au droit commun, ne peut être entendue que comme une conséquence du principe de l'irrecevabilité des donations ; sinon, ou bien le donateur a disposé du bien réservé et la donation est évidemment nulle quant à ce bien, ou bien il n'en a rien fait et alors elle devrait être valable, et le Code en décidant le contraire n'a fait que sanctionner la règle « donner et retenir ne vaut » ; en effet le donateur donne et retient quand après avoir donné il s'est réservé la faculté de disposer du bien donné.

Mais quant à la loi applicable en cas de conflit, nous appliquerons, pour les motifs que nous avons déjà exposés, la loi nationale du disposant.

Laurent donne l'exemple suivant de conflit : une do-

(1) Laurent, t. VI, p. 488.

nation est faite par un Italien avec la réserve que l'article 946 prohibe et annule ; conformément à la tradition, cette donation sera nulle quant aux biens situés en France ; mais, Laurent reconnaît qu'en cette matière la réalité n'a rien à voir, car il ajoute ironiquement : « La souveraineté française est censée intéressée à ce que les biens situés sur son territoire soient conservés dans les familles italiennes. » Mais l'exemple donné par l'auteur ne paraît pas heureux, car c'est une erreur d'affirmer que le Code italien ne reproduit pas la disposition de l'article 946 ; l'article 1069 du Code civil italien reproduit à peu près littéralement la disposition de l'article 946 du Code civil français.

CHAPITRE IV

MODALITÉS DES DONATIONS.

§ 1. — Des conditions qui peuvent affecter une donation entre vifs.

Le contrat de donation, comme tous les autres contrats, peut être affecté d'une condition soit suspensive, soit résolutoire ; mais, ainsi que nous l'avons montré dans le chapitre précédent en traitant de l'irrévocabilité des donations, il ne peut être affecté d'une condition qu'il est au pouvoir du donateur de faire arriver ou d'empêcher. Donc, les donations, à la différence des autres contrats, ne peuvent être affectées d'aucune condition potestative de la part du donateur ; restent les *conditions casuelles* qui peuvent être insérées dans un contrat de donation, car leur réalisation dépend du hasard et nullement de la volonté du donateur. Ainsi la Cour de cassation (14 novembre 1885, S. 85.1.111) a jugé qu'une donation peut être faite sous la condition de survie du donataire ou du donateur.

La condition casuelle suspensive ou résolutoire ne porte aucune atteinte au principe d'après lequel le donateur doit se dépouiller actuellement et irrévocablement.

Si le contrat de donation est affecté d'une condition suspensive, de deux choses l'une : ou bien la condition ne se réalise pas et alors il n'y a pas de donation, la chose n'est point sortie du patrimoine du donateur ; ou bien la condi-

tion s'accomplit et, alors en vertu de l'article 1179, 1^{er} alinéa : « La condition accomplie a un effet rétroactif au jour où l'engagement a été contracté » ; le donataire est devenu propriétaire de la chose donnée dès le jour du contrat et le donateur n'a pu rien faire ni pour anéantir ni pour atténuer les effets de la donation, car tous les droits réels qu'il aurait consentis dans l'intervalle écoulé entre le contrat et la réalisation de la condition seront nonavenus comme émanant *a non domino*.

Si la donation est affectée d'une condition résolutoire, le donataire devient immédiatement propriétaire de la chose donnée, de sorte que l'on peut dire que le donateur se dépouille actuellement et irrévocablement ; il est vrai que si la condition s'accomplit, le droit du donataire est résolu rétroactivement, mais il n'en est pas moins vrai qu'il ne dépend pas de la volonté du donateur que la condition s'accomplisse ou non.

Quelle est la loi qui doit régir le contrat à ce point de vue ? Ce sera la loi du contrat en général, c'est-à-dire la loi qui est présumée avoir été choisie par les parties, car en cette matière nous rentrons dans le domaine de l'autonomie de la volonté.

§ 2. — Des conditions impossibles ou illicites et de leurs effets envisagés au point de vue du droit international privé.

Jusqu'à présent nous n'avons fait qu'appliquer au contrat de donation, les règles admises pour les modalités des contrats ; mais nous devons traiter spécialement des conditions impossibles ou illicites, qui ne produisent pas les mêmes effets dans les contrats à titre onéreux que dans les dispositions à titre gratuit.

Et d'abord il est un point incontestable, c'est que toutes les législations prescrivent les conditions impossibles ou illicites aussi bien dans le contrat de donation que dans les autres contrats.

Mais nous ne trouvons plus le même accord quant aux effets de ces mêmes conditions, relativement aux donations.

Il y a des législations, telles les législations italienne (1) et autrichienne, qui assimilent les donations aux autres contrats en ce qui concerne les effets d'une condition impossible ou illicite. La loi annule la condition et l'obligation en même temps.

La législation française, au contraire, fait produire à la condition impossible ou contraire aux bonnes mœurs différents effets suivant qu'elle est insérée dans le contrat de donation ou dans les autres contrats. En ce qui concerne les contrats, l'article 1172 s'exprime ainsi : « Toute condition d'une chose impossible, ou contraire aux bonnes mœurs, ou prohibée par la loi est nulle, et rend nulle la convention qui en dépend. » La loi, en annulant le contrat, ne fait qu'appliquer cette règle qui s'impose à la raison, qu'un acte juridique ne peut produire aucun effet lorsqu'il est subordonné à une condition irréalisable. En effet, la condition impossible ne peut pas se réaliser et si la condition contraire aux bonnes mœurs ou à la loi pouvait à la rigueur se réaliser en fait, elle ne pourrait pas se réaliser en droit, car la loi ne le permet pas. Malgré ces raisons qui ont la même force, quel que soit le con-

(1) Code civil italien, article 1160 : « Toute condition contraire aux bonnes mœurs ou à la loi, ou qui impose de faire une chose impossible, est nulle et rend nulle l'obligation qui en dépend. »

trat, le législateur français a cru devoir déroger à la règle de l'article 1172 en matière de donation. L'article 900 du Code civil porte : « Dans toute disposition entre vifs ou testamentaire (1), les conditions impossibles, celles qui sont contraires aux lois ou aux bonnes mœurs, seront réputées non écrites. »

Ainsi en matière de dispositions à titre gratuit, le législateur français se contente d'annuler les conditions impossibles ou illicites, mais la disposition est valable.

Quelle est la portée de la règle posée par l'article 900 du Code civil français en droit international privé ?

Il faut d'abord, ainsi que nous l'avons déjà dit, séparer les effets que la loi attache à la condition immorale ou illicite de la condition elle-même.

Il est incontestable que la disposition de l'article 900 qui annule la condition contraire aux bonnes mœurs ou à la loi est d'ordre public. En effet, c'est dans l'intérêt de la société que le législateur a cru devoir dénuier de tout effet juridique une condition dont la réalisation pourrait apporter un grand trouble pour l'ordre public. Sur ce point, relativement aux conditions contraires aux bonnes mœurs, il n'y aura que rarement des conflits, car presque toutes les législations les proscrivent.

(1) Le Code civil italien, qui repousse la règle de l'article 900 du Code civil français pour les donations entre vifs, la maintient quant aux dispositions testamentaires. L'article 849 du Code civil italien s'exprime ainsi : « Dans les testaments, on considère comme non écrites les conditions impossibles et celles qui sont contraires aux lois et aux bonnes mœurs. »

Le Code civil espagnol de même ne consacre la règle de l'article 900 que pour les dispositions testamentaires ; mais si le testateur a exprimé une volonté contraire, alors il ne se contente plus d'annuler la condition, il annule la disposition elle-même. — Pour la législation anglaise, V. *Bartin, Théorie des conditions illicites*, p. 340.

Quant aux conditions contraires aux lois, les conflits peuvent être plus nombreux. Il peut arriver, en effet, qu'une condition considérée comme contraire à la loi, ou mieux à l'ordre public en France, ne soit pas considérée comme contraire à la loi étrangère qui, par hypothèse, régit le contrat dont l'exécution est demandée en France. Il est évident que l'ordre public français s'oppose à ce qu'une pareille condition se réalise en France et partant il est certain que les tribunaux français se refuseront à sanctionner une condition contraire à la loi.

Mais cette façon de voir ne s'impose pas du tout relativement aux effets que la loi attache à une pareille condition quant à la validité du contrat de donation, car, nous le disons immédiatement, la disposition qui maintient la donation, nous semble être une loi interprétative et non obligatoire. Pour pouvoir le démontrer, il faut se demander quelle est la raison de la différence que le législateur établit à ce point de vue entre les actes à titre gratuit et les actes à titre onéreux.

Le principe de l'article 900 vient de l'ancien droit, qui l'avait emprunté au droit romain ; mais le droit romain ne l'appliquait qu'aux dispositions testamentaires, tandis que le législateur français l'a étendu même aux dispositions entre vifs.

En droit romain, la donation entre vifs, faite sous une condition impossible ou illicite, était nulle ; on suivait à son égard les règles du droit commun qui gouvernaient les contrats en général c'est-à-dire qu'on annulait la condition et le contrat en même temps.

Les testaments étaient entourés à Rome d'une protection particulière qui tenait au désir qu'avait tout Romain de ne pas mourir intestat ; aussi nous trouvons en notre

matière une règle dont la seule explication est la considération dont les Romains entouraient le testament. Cette règle est la suivante : les conditions impossibles ou illicites, insérées dans un testament, étaient réputées non écrites ; en conséquence, la disposition testamentaire subordonnée à une pareille condition était considérée comme pure et simple ; on annulait la condition mais on maintenait la disposition.

Quant à la raison de cette règle, nous l'avons déjà dit, c'est la faveur avec laquelle le testament était vu à Rome. Quand une condition immorale ou illicite était insérée dans un testament on supposait que le testateur n'avait pas entendu que le testament fût annulé si la condition n'était pas réalisée ; il avait voulu avant tout laisser un héritier et, à cause de la répugnance des Romains de mourir *intestat*, on annulait la condition tout simplement.

Quel est le caractère de l'article 900 dans le droit français actuel ? — Nous croyons avec M. Baudry-Lacantinerie (1) qu'il faut voir en lui un texte purement interprétatif de la volonté du donateur ou du testateur.

Quand le donateur insère une condition contraire à l'article 900 et s'il ne s'est pas expliqué autrement, il y a doute sur sa volonté. « Dans le doute, dit cet auteur, on suppose que, s'il eût été forcé d'opter entre le maintien de la libéralité et celui de la condition, il aurait opté pour le maintien de la libéralité. En un mot, dans la libéralité le législateur voit la partie essentielle et principale de la disposition, dans la condition, la partie purement accessoire et il estime que la proscription, dont il croit devoir frapper la disposition accessoire, ne doit pas rejaillir sur la dis-

(1) Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations et testaments*, t. I, 27.

position principale. » L'auteur poussant plus loin cette idée ajoute que si le donateur ou le testateur a formellement manifesté sa volonté de subordonner sa libéralité à l'accomplissement de la condition, et s'il a attesté ainsi que, dans sa pensée, la condition était la partie principale de la disposition et la donation la partie accessoire, alors *la disposition tout entière doit être considérée comme nulle* (1).

A côté de cette opinion, il en est une autre d'après laquelle ce serait dans les lois de l'époque intermédiaire, notamment dans les lois des 5-12 septembre 1791, qu'il faudrait chercher le véritable esprit auquel ont obéi les rédacteurs de l'article 900 du Code civil. Il ne rentre point dans notre cadre d'exposer largement cette opinion, nous nous contentons de faire ressortir, qu'elle explique d'une autre façon l'article 900. Le maintien de la libéralité, dit-on, n'est nullement l'effet de la volonté qu'on présume, car c'est contre le disposant que la loi est dirigée. C'est la loi toute puissante qui frappe la volonté rebelle du donateur ; la loi, en maintenant la donation, entend le punir pour avoir voulu l'enfreindre.

La jurisprudence française paraît incliner plutôt vers l'interprétation donnée par la première opinion, car elle admet que la donation ne saurait subsister contre la volonté formelle et absolue du disposant. D'après elle l'article 900 cesse d'être applicable lorsque la condition a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité.

Nous trouvons cette idée exposée dans un arrêt de cassation du 3 juin 1863 (2) : « Il est constant, que la nullité

(1) Dans le même sens : Demolombe, *Donations*, I, nos 207 et 208 ; Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales*, II, n° 307, p. 233.

(2) Sirey, 1864. I. 219.

d'une condition contraire à la loi entraîne la nullité de la donation à laquelle elle est jointe, s'il est reconnu que la condition a été la cause impulsive et déterminante de la libéralité. »

A notre avis, il faut surtout voir dans la disposition de l'article 900 du Code civil français une loi interprétative de la volonté des parties ; s'il en est ainsi, quelle loi doit régir cette disposition ? Conformément au principe admis, qu'en matière de lois facultatives c'est la loi choisie par les parties qui doit prévaloir, nous répondons que notre disposition doit être régie, si les parties ne se sont pas expliquées autrement, par la loi que le magistrat tirera des présomptions fondées sur la volonté probable des parties. Supposons, par exemple, une donation affectée d'une condition illicite intervenue en Italie entre un Italien donateur et un Français donataire et portant sur des immeubles situés en France ; c'est la loi italienne que les parties sont présumées avoir choisie pour régir leur contrat de donation.

En ce qui concerne la réalisation de la condition illicite ou immorale, il n'y aura pas, à proprement parler, de conflit des lois, car la loi italienne et la loi française s'accordent à dénier toute efficacité à une pareille condition ; l'une et l'autre s'opposent au nom de l'ordre public à la réalisation de la condition illicite. Si, ce qui n'arrivera que très rarement, une condition illicite d'après la loi française ne l'était pas d'après la loi italienne, il est incontestable que le conflit de lois, si conflit il y a, serait tranché en faveur de la loi française, toutes les fois que l'ordre public français y serait intéressé.

Mais la question peut être portée devant les tribunaux français quant aux effets de la donation affectée de la con-

dition illicite. Quelle loi le juge devra-t-il appliquer ? La loi qui régit le contrat, c'est-à-dire la loi italienne annulant la condition et la donation en même temps ; la loi française, *lex fori*, annulant la condition, mais laissant plein effet à la donation, la considérant comme pure et simple. Le principe en cette matière est le suivant : c'est la volonté des parties qui détermine la loi qui doit régir le contrat et le juge, quel qu'il soit, devra respecter leur convention ; de même il est admis que les effets d'une convention conclue dans un pays peuvent être invoqués sur le territoire de tout autre pays et qu'ils sont partout les mêmes. Ce principe est tempéré par un autre qui empêche l'application de la loi étrangère choisie par les parties si elle est en contradiction avec une loi d'ordre public. Ainsi donc le juge devra appliquer la loi italienne et annuler la donation ; il ne devrait appliquer la loi française que si la disposition de l'article 900 était d'ordre public. Or nous avons prouvé que l'opinion la plus soutenable est celle qui voit dans la disposition de l'article 900 une loi interprétative et, par la force des choses, une loi interprétative n'est pas d'ordre public. Au nom de l'ordre public on ne doit exiger qu'une chose : *empêcher la réalisation d'une condition illicite* ; à ce point de vue, la disposition de l'article 900 comme celle de l'article 1172 est territoriale. En ce qui concerne les effets, la raison de décider n'est plus la même, nous ne pouvons en faire une loi territoriale, car l'ordre public français n'est pas intéressé à ce qu'une donation faite sous une condition illicite ne soit pas annulée.

Laurent (1) est porté à voir dans la disposition de l'arti-

(1) Laurent, VI, nos 277 et 278.

de l'article 900 un vice de consentement, qui tient à l'état du donateur et à sa capacité et comme telle il la fait rentrer dans le statut personnel du donateur. Voilà comment il argumente à l'appui de son opinion. « C'est par une volonté peu éclairée, troublée par je ne sais quelle pensée inconsciente, que le donateur a ajouté une condition qu'il se hâterait d'effacer s'il savait qu'elle annulerait sa libéralité. Il y a une présomption d'erreur, donc un vice de consentement, partant la clause doit être effacée comme ayant été stipulée sans volonté sérieuse. » Nous avons vu, en exposant notre façon de voir, que la disposition de l'article 900 étant une loi interprétative et non obligatoire, il valait mieux la faire rentrer dans le domaine de l'autonomie de la volonté, car pour faire rentrer une disposition dans le statut personnel, il faut supposer un commandement adressé par le législateur à l'individu dans son propre intérêt. Nous reconnaissons du reste qu'en fait, il arrivera souvent que la loi nationale du donateur régira le contrat, et alors c'est à elle qu'incombera aussi de décider de la validité d'une donation affectée d'une condition illicite. La différence est que, tandis que Laurent accorde toujours compétence à la loi nationale du donateur, nous ne la reconnaissons compétente que s'il est prouvé que les parties ont entendu se référer à cette loi comme devant régir le contrat.

M. Brocher (1) reconnaît que c'est par une présomption de volonté qu'il faut expliquer l'article 900 ; mais quand il s'agit de déterminer quelle est la portée de notre disposition en droit international privé, il n'en tient pas compte. Voici comment il s'exprime : « Cette présomption de vo-

(1) Brocher, II, p. 7.

lonté ne nous paraît pas devoir faire rentrer la règle dans le statut personnel ; il s'agit là d'un fait juridique distinct de l'état et de la capacité de la personne dont il s'agit. La présomption, si l'on veut, l'interprétation légale qui s'y rapporte, a pour but de réglementer et d'assurer les effets de ce genre d'actes ; il semble naturel de la faire rentrer sous la même compétence. » Il tire aussi un argument de la place qu'occupe dans le Code l'article 900. « Tous les articles contenus dans le chapitre I du Code sous la rubrique intitulée *Dispositions générales* se lient, d'ailleurs, les unes aux autres, s'énoncent en termes analogues et se rattachent, de la même manière, à la doctrine de l'hérédité légale ; ils semblent, en conséquence, rentrer en principe sous l'empire du même statut. »

§ 3. — Des donations à cause de mort. — Prohibition du Code civil français. — Compétence de la loi nationale du donateur.

Bien que la donation à cause de mort n'existe plus en droit français, nous croyons devoir en dire quelques mots, car des conflits de lois peuvent fort bien naître en cette matière. Ainsi nous pouvons nous demander si un Français, incapable d'après la loi française de donner à cause de mort, pourra valablement disposer de cette façon des biens situés dans un pays dont la législation ne proscriit pas ce mode de disposition. On peut se demander aussi quel sera le sort d'une donation à cause de mort faite par un étranger conformément à sa loi nationale, quant aux biens situés en France.

En droit romain, il existait à côté de la donation entre vifs et du testament un troisième mode de disposer à titre gratuit, c'était la donation *mortis causa* qui tenait le

milieu entre la donation et le testament. Elle se rapprochait de la donation entre vifs parce que, comme elle, pour devenir parfaite, il fallait l'acceptation du donataire ; c'était un contrat qui exigeait le concours des consentements du donateur et du donataire ; elle se rapprochait du testament parce qu'elle ne devenait irrévocable que par la mort du donateur. En effet, les donations à cause de mort étant des donations faites en vue de la mort du donateur avant le donataire (elles étaient ordinairement faites en vue d'un danger de mort qui menaçait le donateur), elles avaient pour caractère de tomber nécessairement par le prédécès du donataire (1) et d'être révocables au gré du donateur : de plus le donateur ne se dessaisissait pas actuellement de la chose donnée. On disait, en conséquence, que le donateur se préférait au donataire et qu'il préférait le donataire à son héritier. Le trait distinctif de la donation à cause de mort consistait en ce que cette donation était toujours affectée d'une condition. Celle-ci pouvait y être adjointe comme condition suspensive (quand la donation était faite, par exemple, sous la condition suspensive de la survie du donataire) et alors l'effet de l'acte était retardé jusqu'à la mort du donateur ; le donataire n'acquerrait qu'un droit éventuel, la propriété de la chose donnée n'était transférée qu'à la mort du donateur. Souvent la donation à cause de mort était faite sous la condition résolutoire du prédécès du donataire ; dans ce cas la propriété de la chose donnée était transférée immédiatement, mais on tenait ce transfert pour

(1) Sous ce rapport, nous voyons combien grande était la ressemblance entre la donation à cause de mort et le legs : le prédécès du donataire comme celui du légataire rendait la donation caduque.

non avenu au cas de prédécès du donataire ou de changement d'avis du donateur.

La donation à cause de mort passa du droit romain dans les pays de droit écrit, où elle fut d'un usage fréquent, parce que dans ces pays régnait le droit romain qui ne permettait qu'aux pères de famille de faire un testament ; mais les fils de famille, qui étaient incapables de disposer par testament (ils n'avaient pas la *testamenti factio*), pouvaient donner à cause de mort, ce qui était très avantageux pour eux.

La donation à cause de mort n'était pas connue dans les pays de coutume.

Le Code civil a supprimé la donation à cause de mort ; l'article 893 s'exprime ainsi : « On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testaments dans les formes ci-après établies ». La majorité des auteurs est d'avis que l'objet essentiel de l'article 893 est d'abolir les donations à cause de mort. L'article 893, en effet, est conçu dans des termes prohibitifs, il ne reconnaît que deux façons de disposer à titre gratuit, la donation entre vifs et le testament, et exclut donc d'une façon formelle tout mode de disposition qui ne pourrait être considéré ni comme donation entre vifs, ni comme testament. Si maintenant on se rapporte aux paroles prononcées par Jaubert au Tribunal, il n'est pas douteux que le législateur a entendu proscrire les donations à cause de mort : « On peut disposer de ses biens à titre gratuit, mais ce ne sera que par donation entre vifs ou par testament. La distinction des dispositions de dernière volonté en testaments ou donations à cause de mort ne subsistera plus ; on ne reconnaîtra qu'une seule espèce de dispositions de

dernière volonté : elles s'appelleront testaments (1). » Cependant la donation à cause de mort n'étant prohibée qu'implicitement par l'article 893, qui se contente de ne pas la comprendre dans l'énumération des modes de disposer à titre gratuit, les auteurs et la jurisprudence décident qu'elle n'est prohibée qu'autant qu'elle contient des éléments inconciliables avec les conditions requises pour la validité de la seule donation admise par le Code civil : la donation entre vifs. Par conséquent, toute disposition qualifiée de donation à cause de mort, c'est-à-dire subordonnée au prédécès du donateur ne doit pas être déclarée nulle par cela même ; pour que la nullité soit encourue, il faut de plus que le donateur se soit réservé la faculté de révoquer à son gré la libéralité.

De tout ceci, il résulte que l'article 893 défend de disposer par donation à cause de mort.

Pour nous qui voulons traiter la question au point de vue du droit international privé, il nous importait avant tout de constater qu'il s'agit d'une disposition prohibitive, d'une loi obligatoire que les parties doivent respecter si elles veulent que leur contrat soit valable. Mais cela ne suffit pas, il nous faut de plus prendre parti sur la question de savoir si notre disposition rentre dans le statut personnel ou réel.

Il semble bien, à notre avis, que c'est dans la différence principale entre la donation entre vifs et la donation à cause de mort, qu'il faudra chercher les raisons qui nous ferons décider.

L'article 894 exige, pour qu'une donation soit valable, que le donateur se dépouille actuellement et irrévocable-

(1) Locré, t. V, p. 344 ; Jaubert, *Rapport au Tribunat*, n° 4.

ment de la chose donnée ; or, dans la donation à cause de mort, le donateur ne se dépouille ni actuellement ni irrévocablement ; le donateur peut si bon lui semble révoquer la donation d'un moment à l'autre, de sorte que l'on peut dire qu'il dépend de lui de faire ou de ne pas faire produire effet à la donation. Ainsi, la donation à cause de mort, par sa révocabilité dépendant de la volonté du donateur, porte atteinte au principe de l'irrévocabilité des donations. En traitant du principe de l'irrévocabilité, nous avons vu que le but social poursuivi par ce principe est la protection du donateur ; le législateur, voulant protéger le donateur et sa famille contre ses propres entraînements, a cru trouver une protection efficace en obligeant le donateur à se dépouiller irrévocablement. La même raison qui faisait exiger l'irrévocabilité des donations a fait prohiber la donation à cause de mort et, cette raison, c'est la protection du donateur. Toutes les lois de protection individuelle doivent en général être considérées comme extra-territoriales et maintenues dans le statut personnel des intéressés. A notre avis donc, la prohibition de donner à cause de mort doit être considérée comme rentrant dans le statut personnel du donateur, et régie comme telle par sa loi nationale. Donc un Français, incapable de donner à cause de mort d'après sa loi nationale, sera incapable de disposer par ce mode, alors même que la donation porterait sur des immeubles situés dans un pays où la donation à cause de mort n'est pas prescrite, alors même que la *lex loci contractus* le permettrait.

Mais ne pourrait-on pas soutenir que c'est dans la *lex loci contractus* qu'il faudra chercher la question de savoir si les parties ont pu valablement contracter une donation à cause de mort ? Nous ne le croyons pas. La *lex loci con-*

tractus régit le contrat par interprétation de la volonté des parties ; or nous avons vu qu'en matière de donations à cause de mort, la volonté des parties est dénuée de tout effet : l'article 893 ne lui fait aucune place, et si les parties ont employé comme mode de disposition la donation *mortis causâ*, la loi annule le contrat. Mais on pourrait nous objecter que la proscription de la donation à cause de mort n'est pas une disposition qui modifie assez profondément la capacité de la personne pour la faire rentrer dans le statut personnel ; on pourrait ajouter que si notre disposition est incontestablement obligatoire en droit interne, il n'en est plus de même en droit international privé, car il ne s'agit pas ici d'une loi d'état et de capacité. Or la doctrine courante enseigne, qu'en matière de contrat, la capacité et l'ordre public exceptés, les conflits de lois doivent être résolus en faisant prédominer la loi choisie par les parties elles-mêmes ; mais nous avons déjà critiqué cette formule, et nous l'avons restreinte aux lois simplement facultatives où la volonté des parties peut se mouvoir à son gré sans aucune entrave ; quant aux lois strictement obligatoires en droit interne, notre théorie enseigne qu'il faut leur garder autant que possible le même caractère dans les relations internationales.

Si nous examinons les moyens employés par le législateur français pour protéger le donateur, nous voyons qu'il a édicté d'abord une série d'incapacités spéciales, telles que l'incapacité du mineur à l'égard de son tuteur, du malade à l'égard de son médecin etc., que tous les auteurs s'accordent à faire rentrer dans le statut personnel ; de plus, on trouve à côté de ces incapacités un grand nombre de dispositions restrictives qui enferment la liberté des parties en matière de donations dans des limites très

étroites, que le législateur ne qualifie pas d'incapacités il est vrai, mais qui n'en sont pas moins décrétées dans un but spécial de protection pour le donateur, telles que : la prohibition de la donation *mortis causâ*, le principe d'irrévocabilité, la prohibition de donner des biens à venir, la révocation de la donation pour survenance d'enfant, etc. Pourquoi les premières dispositions rentraient-elles seules dans le statut personnel ? Serait-ce parce que le législateur les qualifie d'incapacités ? Mais si l'on va au fond des choses, on voit que les autres restrictions ne le sont pas moins ; car, du moment qu'on ne peut y déroger par une volonté expresse, il y a une vraie limitation de capacité. Nous croyons, en conséquence, qu'on ne peut, à moins de méconnaître le caractère strictement obligatoire de notre règle, faire dépendre la validité d'une donation à cause de mort de la loi qui régit le contrat par interprétation de la volonté des parties. Si le donateur a besoin d'être protégé en France, ce besoin de protection est le même à l'étranger, et comme les mesures de protection dépendent de la loi nationale de l'individu, nous pensons, ainsi que nous l'avons déjà dit, que la validité d'une donation *mortis causâ* dépend de la loi nationale du donateur.

La deuxième question est celle de savoir si une donation *mortis causâ* faite par un Allemand par exemple est valable quant aux immeubles situés en France. La disposition qui prohibe la donation à cause de mort étant une loi de protection individuelle et non d'ordre public, il nous semble qu'elle ne doit pas pouvoir empêcher l'application d'une loi étrangère. La territorialité de la loi est le propre des lois de conservation sociale, or peut-on dire que la société serait atteinte si on validait la donation *mortis causâ* faite par un étranger ? Nullement, car si nous supposons un

instant que cette disposition ne s'appliquerait plus, ce n'est pas la société qui en souffrirait, ce sont les donateurs et leurs familles. Il arriverait, en effet, que les donateurs seraient peut-être plus enclins à donner, vu qu'ils ne se dépouillent ni actuellement, ni irrévocablement ; mais la société ne souffrira pas, car la fortune sociale restera sensiblement la même.

Mais dans l'opinion de la jurisprudence et de certains auteurs, les mesures restrictives édictées par le législateur français ont pour but la conservation des biens dans les familles et comme telles, on les considère comme de statut réel, applicables donc à tous les biens régis par la loi française (art. 3, § 2). On dit donc que la donation à cause de mort a été prohibée par le législateur français afin de conserver les biens dans les familles ; mais alors qu'on nous explique pourquoi le législateur n'a pas prohibé le testament ! La donation à cause de mort se rapproche en effet du testament, car tant que le donateur n'est pas mort, il n'y a rien d'irrévocable ; par le testament, plus que par tout autre mode de disposition, le testateur peut dépouiller sa famille et cependant le législateur ne l'a pas considéré comme assez dangereux pour l'interdire ; comment dès lors soutenir qu'il ait proscrit la donation à cause de mort pour conserver les biens dans les familles ? Mais on pourrait peut-être retourner cet argument contre nous, on pourrait nous demander pourquoi, dans un but de protection, le législateur a interdit la donation à cause de mort et non pas le testament ? Nous répondons que le législateur ne pouvait pas proscrire le testament, parce qu'il était d'un usage aussi fréquent dans les pays de droit écrit que dans les pays de coutume ; il n'en était pas de même des donations à cause de mort qui n'é-

taient pas connues dans les pays de coutume. Le législateur français qui voulait unifier le droit ne pouvait évidemment interdire le testament qui était d'un usage général, tandis qu'il a pu le faire sans grands inconvénients pour la donation à cause de mort.

M. Brocher (1) est, parmi les auteurs que nous avons consultés, le seul qui s'occupe de la question ; il se prononce pour la réalité de la disposition qui prohibe les donations à cause de mort. Voilà ce qu'il dit à ce sujet. « L'article 893 porte : « On ne pourra disposer de ses biens, à titre gratuit, que par donation entre vifs ou par testament, dans les formes ci-après établies ». Prise dans ses termes abstraits et généraux, cette règle se présente comme rentrant dans le statut réel. L'idée qui prédomine dans le texte se rapporte directement à la disposition des biens, à titre gratuit ; on ne peut y procéder que suivant l'un ou l'autre des deux modes autorisés. C'est bien de ce qu'on appelle une incapacité réelle qu'il s'agit ici ; elle est dans les choses plus que dans les personnes ou dans la forme des actes ; la succession légale se trouve, de la sorte, maintenue, rigoureusement, en dehors des deux exceptions permises, et cette règle a sa base dans le *statut réel*. »

(1) Brocher, *Cours de Droit intern. privé*, t. II, p. 4. V. aussi Rolin, *Droit intern. privé*, t. II, p. 353 ; Cass., 3 mai 1815, précité.

CHAPITRE V

DES CAUSES DE RÉVOCATION DES DONATIONS ENTRE VIFS.

Le législateur du Code civil traite sous la rubrique : « Des exceptions à la règle d'irrévocabilité des donations entre vifs », de trois causes de révocation des donations qu'il considère comme des exceptions à la règle de l'irrévocabilité.

L'article 952 énumère ainsi les causes de révocation : « La donation entre vifs ne pourra être révoquée que pour cause d'inexécution des charges sous lesquelles elle aura été faite, pour cause d'ingratitude et pour cause de survenance d'enfants. » Nous avons cru devoir intituler notre rubrique : « des causes de révocation » parce que nous nous rattachons à l'opinion qui ne les considère pas comme des exceptions au principe de l'irrévocabilité. Quelles sont ces causes de révocation ? Ce sont l'inexécution des charges, l'ingratitude et la survenance d'enfant.

Si la règle « donner et retenir ne vaut » ne signifie plus aujourd'hui que ceci : *la donation ne doit en rien dépendre de la volonté du donateur*, il nous sera facile de démontrer que les cas de révocation prévus par l'article 943 ne donnent en rien au donateur la possibilité de détruire la donation par sa volonté, et pour cela il nous suffira de montrer que ces cas sont indépendants de la volonté du donateur (1).

(1) Dans ce sens : Demolombe, *Donations*, III, n° 559, p. 487 ; Lau-

L'inexécution des charges est un fait indépendant de la volonté du donateur ; notre disposition permet au donateur de révoquer la donation si le donataire n'exécute pas les charges ; donc si la donation est révoquée c'est par son fait, car il dépendait de lui ne pas la faire révoquer en exécutant les charges imposées par le donateur ; la volonté du donateur n'y est pour rien, excepté bien entendu la faculté qu'il a de demander ou de ne pas demander la révocation. Ainsi que le dit Laurent, nous nous trouvons en face d'une application du principe posé par l'article 1184 C. civ., en vertu duquel la condition résolutoire est sous-entendue, dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des parties ne satisfait pas à son obligation. Or, la condition résolutoire tacite ou expresse n'est pas une exception à la règle donner et retenir ne vaut, puisque la résolution ne dépend en rien de la volonté du donateur.

L'ingratitude du donataire ne dépend pas non plus de la volonté du donateur. Si le donataire se montre ingrat à l'égard de son bienfaiteur, cela ne dépend que de lui ; il savait fort bien quelle était la sanction.

La survenance d'enfant ne dépend que dans une certaine mesure de la volonté du donateur ; on ne peut en tout cas dire que la révocation dépend d'une condition potestative de la part du donateur.

Il était très important pour nous, qui voulons envisager ces causes de révocation au point de vue du droit international privé, de montrer qu'elles ne sont pas des exceptions au principe de l'irrévocabilité ; car, si elles devaient être considérées comme des exceptions, il faudrait logiquement

rent, *Dr. civ. international*, VI, n° 288, p. 489 ; Aubry et Rau, V II, § 707, p. 409.

la faire régir, en présence d'un conflit de lois, par la même loi qui régit le principe de l'irrévocabilité. L'exception est de la même nature que la règle. M. Brocher (1), qui considère les cas de révocation comme des exceptions au principe de l'irrévocabilité ne les fait pas tous régir par la même loi, car, dit-il, l'exception ne rentre pas nécessairement et toujours dans la même compétence que le principe (2).

Nous croyons que la meilleure méthode est d'apprécier chaque cause de révocation en elle-même et de rechercher pour chacune d'elles la loi applicable.

§ 1. — Révocation pour cause d'inexécution des charges.

Le contrat de donation est de sa nature un contrat unilatéral, car c'est le donateur qui s'oblige seul, le donataire ne fait que recueillir le bénéfice qui résulte de la donation, et reste libre de toutes charges. Mais, si par le contrat le donateur impose quelques charges au donataire, le contrat devient bilatéral ou synallagmatique, car les deux contractants assument réciproquement des obligations.

En vertu de l'article 1184, 1^{er} alinéa du Code civil : « La condition résolutoire est toujours sous-entendue dans les contrats synallagmatiques, pour le cas où l'une des deux parties ne satisfera point à son engagement » ; la partie envers laquelle l'engagement n'a pas été exécuté peut donc demander la résolution du contrat.

(1) Brocher, t. II, pp. 18 et 28.

(2) Rolin, t. II, p. 397. Nous croyons avec M. Rolin que l'exception rentre toujours et nécessairement dans la même compétence que le principe. « Là où la loi qui établit le principe s'impose et a force obligatoire, c'est aussi cette loi qui détermine limitativement les exceptions auxquelles il peut être subordonné. »

L'article 953 du Code civil, qui dit que le donateur peut demander la révocation de la donation pour cause d'inexécution des charges, ne fait qu'appliquer le principe de la condition résolutoire tacite que la loi sous-entend toujours dans les contrats synallagmatiques. Ce qui a contribué, dit Laurent (1), à jeter quelque incertitude sur ce principe, c'est que dans l'ancien droit on considérait l'inexécution des charges comme un fait d'ingratitude. « Il suffit de lire les articles 953, 954 et les articles 955 et suivants pour se convaincre que le Code civil a abandonné entièrement cette doctrine qui était fausse, car autre chose est l'ingratitude, autre chose est l'inexécution d'une charge purement pécuniaire ; les effets que la loi attache à l'inexécution des charges sont les mêmes que ceux qui résultent de la condition résolutoire tacite ; tandis que l'ingratitude ne résout pas la donation, elle la révoque seulement à partir de la demande qu'en fait le donateur. Si la révocation de la donation ne dérive pas de l'ingratitude du donataire, il ne reste pour l'expliquer que la condition résolutoire tacite. » L'opinion soutenue par Laurent est l'opinion commune soutenue par la presque totalité des auteurs (2).

Ainsi nous avons constaté que la révocation des donations pour cause d'inexécution des charges n'est qu'une application du pacte commissaire tacite ou condition résolutoire tacite.

Au point de vue du droit international privé pour décider quelle est la loi qui doit régir la résolution du contrat, il nous faut d'abord, conformément à la théorie à laquelle nous nous rattachons, rechercher si le pacte commissaire tacite est une loi facultative ou obligatoire.

(1) Laurent, *Dr. civ.*, XII, n° 487, p. 568 et suiv.

(2) En sens contraire : Coin-Delisle, article 954, n° 8.

On appelle pacte commissoire (1), *lex commissoria*, la clause par laquelle les parties conviennent que le contrat sera résolu si l'une ou l'autre d'entre elles ne satisfait pas à son engagement. C'est le pacte commissoire exprès, le seul connu par le droit romain. En effet, en droit romain, la simple tradition suffisait pour rendre l'acheteur propriétaire de la chose vendue, même lorsque le vendeur lui avait accordé un terme pour le payement du prix. Par le moyen du pacte commissoire, le vendeur pouvait stipuler que la vente serait résolue, si l'acheteur n'avait pas payé son prix dans le délai fixé : c'était un moyen très efficace que se réservait le vendeur, pour rentrer dans la propriété de la chose vendue, si l'acheteur était insolvable. Le pacte commissoire devait toujours être exprès et il était régulièrement stipulé par les parties, en matière de vente. Les règles sur le pacte commissoire passèrent telles quelles dans notre ancien droit et surtout la nécessité qu'il soit expressément stipulé, dans les pays de droit écrit. Mais dans les pays de coutume, on admit à côté du pacte commissoire exprès le pacte commissoire tacite ; dans le silence des parties, le pacte commissoire était toujours sous-entendu. L'article 1184 du Code civil reconnaît lui aussi le pacte commissoire tacite et ne fait que suppléer ainsi à la volonté des parties ; grâce à ce pacte sous-entendu, les parties n'ont plus besoin de le stipuler, la loi le fait pour elles ; interprétant la volonté des parties qui font un contrat synallagmatique, la loi suppose qu'elles ont tacitement convenu que, si l'une d'entre elles manquait à ses engagements, l'autre aurait le droit de demander la résolution du contrat : ainsi la loi suppléant à la volonté des parties, déclare

(1) Le pacte commissoire n'est qu'une condition résolutoire d'une nature particulière.

que cette clause sera de plein droit sous-entendue dans le contrat. Le fondement du pacte commissoire tacite étant avant tout, en dehors d'autres considérations, fondé sur la volonté présumée des parties, rien ne peut les empêcher de stipuler le contraire.

Cette disposition rentre donc dans la catégorie des lois facultatives que les parties peuvent sans aucun risque se dispenser de suivre même dans leur pays à condition qu'elles en manifestent la volonté.

Avec le pacte commissoire tacite nous tombons donc en pleine autonomie de volonté. Or, nous savons qu'en droit international privé l'autonomie de la volonté signifie que toutes les fois qu'il y a un conflit de lois en cette matière, c'est la loi choisie par les parties elles-mêmes qui doit régir le contrat. Nous arrivons ainsi à conclure que la révocation des donations pour cause d'inexécution des charges doit dépendre de la loi à laquelle les parties sont présumées s'être référées pour régir leur contrat.

M. Brocher nous paraît faire rentrer notre cause de révocation sous la même compétence que le principe de l'irrévocabilité, c'est-à-dire sous la compétence de la loi qui régit la succession (1).

Après avoir reconnu que l'inexécution des conditions doit, par la nature même des choses, amener la révocabilité de l'acte et que cette conséquence dérive logiquement de la volonté probable des parties intéressées, il ajoute que les rédacteurs du Code ont pu, sans inexactitude, regarder l'inexécution des conditions comme une exception au principe de l'irrévocabilité. Cela serait vrai, dit-il, même dans le cas où l'article 1184 serait directement applicable aux

(1) Brocher, *op. cit.*, t. II, pp. 29 et 30.

donations; ce serait une exception résultant d'une combinaison de principes. Il conclut ensuite: « Nous croyons que *l'exception doit rester soumise à la même compétence que le principe auquel elle déroge*, parce qu'il n'y a rien en elle qui puisse la faire rentrer dans le statut personnel; il n'y a là qu'une interprétation de volonté individuelle. » D'après M. Brocher, les dispositions des articles 953, 954 et 956 doivent être appliquées aux biens régis par la loi française en l'absence d'une clause dérogatoire.

C'est l'opinion que nous soutenons qui réunit le plus de suffrages parmi les auteurs. A son appui on peut citer M. Despagnet (1) qui croit qu'en matière de révocation pour cause d'inexécution des conditions, il faut revenir au principe de l'autonomie et rechercher quelle est la loi à laquelle les parties se sont probablement référées. « Cette loi, dit M. Despagnet, on l'a déjà vu à propos des contrats, est leur loi nationale si elles ont même nationalité, sinon la loi du pays où le contrat est conclu, à moins que les circonstances de fait ne montrent que les contractants se sont soumis à une autre législation. Il s'agit si bien, en pareille matière, d'interpréter l'intention des parties qui ont une indépendance complète à ce point de vue, qu'il est toujours possible d'écarter cette cause de révocation par une clause formelle. »

Laurent (2) applique aussi en cette matière le principe de l'autonomie de la volonté et donne compétence à la loi qui régit les contrats. Mais quand il s'agit de déterminer la loi elle-même, il pense qu'il faut donner la préférence à la volonté du donateur, car c'est lui seul qui s'oblige en

(1) Despagnet, *op. cit.*, pp. 310 et 311.

(2) Laurent, *op. cit.*, t. VI, n° 289, p. 490 et suiv., t. VII, n° 475, p. 575 et suiv.

règle générale. « Il est vrai que s'il impose une charge au donataire, la donation devient un contrat bilatéral, mais toujours est-il que, déduction faite du montant de la charge, le contrat est une libéralité qui dépend entièrement du donateur : c'est donc sa volonté qui doit déterminer la loi du contrat. » Nous avons déjà réfuté cette façon de voir pour la donation sans charges et les arguments que nous avons donnés sont beaucoup plus forts pour la donation avec charges, car dans ce cas la donation est un véritable contrat synallagmatique, où les deux contractants s'obligent ; de plus, au lieu de demander la révocation de la donation, le donateur peut, s'il le préfère, exiger par les voies de droit l'accomplissement des charges imposées au donataire, sans que celui-ci puisse s'y soustraire en renonçant au bénéfice de la donation ; dans ces conditions, peut-on dire avec Laurent que c'est la volonté du donateur qui doit faire la loi ? Nous ne le croyons pas.

§ 2. — De la révocation des donations pour cause d'ingratitude.

Une seconde cause de révocation des donations est l'ingratitude. La révocation pour cause d'ingratitude n'est pas, comme la révocation pour cause d'inexécution des charges, fondée sur une condition résolutoire : en effet, l'article 958 décide que la révocation pour cause d'ingratitude ne préjudiciera pas aux droits réels acquis par des tiers sur l'objet donné ; ainsi la donation n'étant pas résolue avec effet rétroactif, il n'y a pas de condition résolutoire. « Il y a cependant, dit Laurent (1), une révocation fondée sur l'inexécution d'un engagement moral contrac-

(1) Laurent, *op. cit.*, t. VI, n° 290.

té par le donataire. » Il cite à son appui Domat (1) qui estime que le donataire qui reçoit un bienfait est tenu de se montrer reconnaissant ; s'il est ingrat, il manque à son devoir, et par suite la donation pourra être révoquée.

Cette interprétation fondée sur l'inexécution d'un engagement moral est un peu forcée, car on ne peut pas supposer que le donateur se soit réservé implicitement dans le contrat le droit de révoquer la donation pour le cas où le donataire se montrerait ingrat ; si le donateur avait pu prévoir l'ingratitude du donataire, il n'aurait certainement pas fait la donation. Mais si le donateur n'a pas prévu le fait d'ingratitude, la loi l'a prévu pour lui et comme elle n'a pas cru devoir en faire une loi obligatoire, la plupart des auteurs sont portés à y voir une loi interprétative dépendant de la volonté des parties. « Les parties peuvent, en effet, dit M. Despagne (2), renoncer à cette révocation, le donateur peut ne pas s'en prévaloir si elle se réalise et il semble dès lors naturel d'en revenir à la règle de l'autonomie, en appliquant la loi présomptivement acceptée par les contractants (3). »

M. Brocher (4), fidèle à sa façon de voir, fait dépendre la révocation du statut successoral. En effet, il considère la révocation pour cause d'ingratitude comme une exception au principe d'irrévocabilité. « C'est un fait juridique, dit M. Brocher, rattaché légalement à une institution qui le domine et qui lui communique le statut auquel elle appartient elle-même. » Cette exception doit, d'après l'auteur, rester soumise à la même compétence que le principe

(1) Domat, *Lois civiles*, p. 113, section 3, art. 1 et 2.

(2) Despagne, *op. cit.*, n° 527, p. 511.

(3) V. aussi Audinet, *Dr. int. privé*, n° 691, p. 507.

(4) Brocher, *op. cit.*, t. II, p. 30.

auquel elle déroge ; or, comme il fait dépendre l'irrévocabilité de la loi successorale, il en résulte que c'est cette loi qu'il faudrait consulter pour savoir si la donation est révocable pour cause d'ingratitude.

Laurent et M. Despagne citent donc à tort M. Brocher, qui s'en défend du reste (1), parmi les auteurs qui pensent que l'ingratitude doit être assimilée à un quasi-délit et être exclusivement régie par la loi territoriale (la loi du lieu où l'ingratitude intervient) qu'il s'agisse de donations mobilières ou immobilières (2).

M. Rolin (3) suit sur ce point l'avis de M. Brocher ; il pense que la révocabilité de la donation pour cause d'ingratitude ne devrait pas être admise dans les pays où la succession est de statut réel, à moins que la loi de la situation, qui régit la succession, la reconnaisse. « Ce n'est pas, dit l'auteur, qu'elle soit à proprement parler de statut réel ; c'est parce que, si cette loi la repousse, cette révocabilité est en contradiction avec un principe censé de statut réel, avec le principe d'irrévocabilité établi par la loi qui régit la succession. » M. Rolin donne cette solution parce qu'il considère les causes de révocation des donations comme des exceptions au principe d'irrévocabilité, qu'il fait dépendre de la loi successorale ; nous avons déjà montré que la majorité des auteurs ne voit pas des

(1) Brocher, II, p. 31. « Le fait duquel l'ingratitude résulte, peut constituer un délit ou un quasi-délit rentrant dans la loi territoriale qui régit le droit pénal ; mais, considéré comme cause de révocation, il est soumis à une autre compétence. La même observation s'applique aux causes de divorce ou de séparation de corps. »

(2) V. Brocher, *Nouveau traité de droit international privé*, n° 76, pp. 265 et suiv.

(3) Rolin, *Principes du droit international privé*, II, n° 825, p. 400 et 401.

exceptions au principe d'irrévocabilité dans les causes de révocation des donations.

Quant à nous, nous nous rattacherons à l'opinion qui fait dépendre cette cause de révocation de la loi choisie par les parties. C'est donc la loi qui régit le contrat qui nous dira si la donation est révocable, et c'est aussi à elle qu'il faut recourir pour déterminer quels sont les faits d'ingratitude de nature à entraîner la révocation.

Cependant nous avouons que nous avons des doutes sur l'exactitude de cette solution. On argumente de ce fait que le donateur est libre de demander ou de ne pas demander la révocation de la donation, si le fait d'ingratitude se réalise, pour arriver à considérer notre disposition comme une loi interprétative dépendant de la volonté des parties. A notre avis, ce caractère de loi interprétative n'apparaît pas aussi clairement pour cette cause de révocation, que pour la révocation pour cause d'inexécution des charges ; en effet, on peut se demander si la convention par laquelle le donateur renoncerait à se prévaloir de son droit de révoquer la donation pour cause d'ingratitude, avant que le fait d'ingratitude se soit réalisé, ne doit pas être considérée comme nulle, pour le motif qu'une pareille clause est contraire aux bonnes mœurs ? Nous le pensons en effet, et c'est justement ce qui nous a fait hésiter.

De plus, en étudiant le but poursuivi par notre disposition, nous voyons que c'est bien la protection spéciale du donateur qui est sa seule raison d'être ; ce que la loi veut, c'est protéger le donateur contre l'ingratitude du donataire. Au moment de la conclusion du contrat, il est à supposer que ni le donateur ni le donataire n'ont envisagé l'hypothèse de l'ingratitude : le donateur, parce qu'il est probable que, s'il avait prévu l'ingratitude, il n'aurait

pas donné ; le donataire, parce qu'il nous paraît impossible qu'au moment où quelqu'un reçoit un bienfait, il puisse penser à l'ingratitude et parce que, même s'il y avait pensé, on ne devrait pas tenir compte de sa volonté.

S'il en est ainsi, si d'un côté la volonté des parties ne joue aucun rôle au moment de la conclusion du contrat, si de l'autre nous nous trouvons en face d'une disposition ayant pour but la protection particulière du donateur, nous nous demandons s'il n'est pas plus conforme à la réalité des choses de faire régir cette cause de révocation par la loi à qui il incombe de protéger le donateur, c'est-à-dire par sa loi nationale. D'après l'opinion à laquelle nous adhérons, il arrivera souvent, que la loi qui régira le contrat soit la loi nationale du donateur, si telle a été la volonté des parties, alors elle régira notre cause de révocation ; tandis que si l'on admet que notre disposition est une loi de protection, et non d'interprétation de la volonté, alors la révocation pour cause d'ingratitude devra être régie par la loi nationale du donateur, quelle que soit d'ailleurs la loi qui régit le contrat (1).

(1) Si la loi qui régit le contrat n'admet pas la révocation pour cause d'ingratitude, le donateur ne peut révoquer la donation ; mais on peut se demander, si le donateur ne pourrait révoquer la donation quant aux biens situés en France, en observant que la révocation pour cause d'ingratitude est d'ordre public en France. Nous ne le croyons pas, car notre disposition est une loi de protection individuelle, interprétative de la volonté d'après la majorité des auteurs, donc pas d'ordre public (Despagnet, p. 511). « On ne voit pas d'ailleurs, dit M. Despagnet, en quoi l'ordre public peut être violé dans un pays par le maintien d'une libéralité malgré l'ingratitude du donataire. » M. Rolin croit que cette disposition est d'ordre public et que la morale est en cause, et qu'on ne pourrait, sans l'outrager, permettre au donataire ingrat, de conserver le bénéfice de la donation. « Il nous paraît donc, dit-il, qu'il y a lieu d'appliquer la loi du lieu de la situation réelle, effective, non seulement s'agissant de donations immobilières, mais même en matière de dona-

L'article 959 du Code civil français ainsi conçu : « Les donations faites en faveur du mariage ne seront pas révoquées pour cause d'ingratitude », établit une exception à la règle.

La majorité des auteurs estime cependant que les donations faites par l'un des futurs époux à l'autre en faveur du mariage échappent à l'exception établie par l'article 959 et demeurent par conséquent soumises à la règle de la révocation pour cause d'ingratitude (1). La jurisprudence est aussi fixée dans ce sens. De plus cette jurisprudence, en étendant la disposition de l'article 299 (ancien texte) (2) qui dit que l'époux contre lequel le divorce a été prononcé perd de plein droit tous les avantages que son conjoint lui a faits, ne s'est établie que sur la supposition que l'article 299 contient une révocation légale pour cause d'ingratitude des donations faites par l'époux innocent à l'époux coupable. Ainsi, d'après la jurisprudence, on peut dire que les donations entre époux par contrat de mariage sont révocables pour cause d'ingratitude ; elles sont révocables de plein droit si la séparation de corps est prononcée.

La Cour de Chambéry (3), par un arrêt du 26 juin 1869, a été appelée à se prononcer sur la question de savoir si les avantages constitués au profit d'un époux dans son contrat de mariage passé en Savoie sous l'empire de la loi sarde (laquelle n'admettait pas que de *tels avantages puissent être révoqués pour cause d'ingratitude*, le Code civil

tions mobilières, lorsqu'elle admet la révocation pour cause d'ingratitude » (Rolin, t. II, p. 401).

(1) Baudry-Lacantinerie, *Donations et testaments*, II, p. 449.

(2) Le nouvel article 199 (loi 27 juillet 1887), a à peu près la même rédaction.

(3) S. 70. 2. 79.

sarde (article 1168) décidant expressément que les donations faites en faveur d'un mariage certain et déterminé ne sont pas révocables pour cause d'ingratitude, et ne renfermant aucune disposition équivalente à l'article 299 du Code civil français) sont révoqués par la séparation de corps prononcée contre cet époux par un tribunal français, postérieurement à l'annexion de la Savoie à la France.

La Cour a admis que cette question dépend de la loi choisie par les parties pour régir leur contrat de mariage.

Attendu, dit-elle, « *qu'il est de principe général que la loi sous laquelle un acte a été passé en régit la validité, les effets et la révocabilité, etc...* Par ces motifs, décide que la donation faite par contrat de mariage n'est pas révoquée ».

Ainsi cet arrêt pose comme principe que la révocabilité de la donation dépend de la loi du lieu où l'acte a été passé; il se préoccupe fort peu de la loi successorale et consacre l'opinion qui voit dans la révocation pour cause d'ingratitude une disposition interprétative de la volonté des parties (1).

(1) La disposition de l'article 958, qui exige, pour que la révocation puisse être opposée aux tiers qui ont acquis des droits réels sur l'objet donné, une inscription de la demande en révocation, est incontestablement de droit réel. Cette inscription est requise dans un but de publicité, pour prévenir les tiers qui traiteraient avec le donateur de la révocation possible, et comme telle est une loi d'ordre public. Quelle que soit donc la loi qui régit le contrat, il faut, quant aux immeubles situés en France, que le donateur opère l'inscription dont il s'agit pour qu'il puisse opposer son droit aux tiers.

§ 3. — De la révocation des donations pour cause de survenance d'enfant.

L'article 960 s'exprime ainsi : « Toutes les donations entre vifs faites par personnes qui n'avaient point d'enfants ou de descendants actuellement vivants dans le temps de la donation, de quelque valeur que ces donations puissent être, et à quelque titre qu'elles aient été faites, et encore qu'elles fussent mutuelles ou rémunératoires, même celles qui auraient été faites en faveur du mariage par autres que par les ascendants aux conjoints, ou par les conjoints l'un à l'autre, demeureront revoquées de plein droit par la survenance d'un enfant légitime du donateur, même d'un posthume, ou par la légitimation d'un enfant naturel par un mariage subséquent, s'il est né depuis la donation. » Pour bien nous rendre compte de la nature de cette disposition, il nous faut citer aussi l'article 965 : « Toute clause ou convention par laquelle le donateur aurait renoncé à la révocation de la donation pour survenance d'enfant, sera regardée comme nulle, et ne pourra produire aucun effet. »

Dès l'abord nous pouvons dire que c'est une question très discutée et que les auteurs ne sont point du tout d'accord sur la loi à appliquer.

Quel est le fondement de cette cause de révocation ? D'après Pothier (1), elle reposerait sur cette présomption naturelle que celui qui n'ayant pas d'enfant fait une donation entre vifs à quelqu'un, ne la fait qu'à cause de la certitude qu'il a de ne pas avoir d'enfants, car s'il prévoyait en avoir, il ne donnerait pas ; d'où la conséquence

(1) *Traité des donations entre vifs*, n° 146.

que la donation est censée contenir une clause tacite de révocation s'il survenait un enfant au donateur.

La conséquence, dit Laurent (1), est qu'il faut régir cette cause de révocation par la même loi que les deux autres causes de révocation. « La révocation se faisant en vertu d'une condition résolutoire tacite, il faut appliquer à la survenance d'enfant ce que j'ai dit de l'inexécution des charges ; le statut est conventionnel, il dépend de l'autonomie des contractants, donc il est personnel en ce sens qu'il produit son effet partout. » En tant que Laurent fait dépendre cette cause de révocation de l'autonomie des parties, nous pensons que son opinion ne doit pas prévaloir, mais en tant qu'il lui accorde effet partout il a pleinement raison, à notre avis.

D'abord notre disposition est loin d'être une disposition simplement interprétative de la volonté des parties ; puis il n'est pas vrai de dire que la donation est révoquée en vertu d'une condition résolutoire tacite. Nous voyons, en effet, d'une part que la révocation de la donation pour survenance d'enfant opère de plein droit, et d'autre part, que la loi défend au donateur d'y renoncer, et déclare nulle toute clause qui contreviendrait à cette disposition. Ainsi que le dit M. Baudry-Lacantinerie (2), « la révocation pour cause de survenance d'enfant est peut-être le résultat, moins d'une condition résolutoire tacitement convenue entre les parties, que d'une condition résolutoire imposée par la loi, qui suppose que le donateur n'aurait pas fait la donation *si cogitasset de liberis*. En un mot, la révocation

(1) Laurent, *Droit civ. int.*, t. VI, n° 299, p. 494 et suiv., et t. VII, n° 475, p. 577.

(2) Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donations et test.*, t. I, p. 706.

dont il s'agit est plutôt le fruit d'une condition résolutoire *légale* que d'une condition résolutoire *tacite*. »

La loi impose donc au donateur la révocation, elle opère de plein droit et le donateur ne peut pas y renoncer. Comment dire alors que cette disposition est une loi interprétative de la volonté, car nous savons que les parties peuvent déroger même dans l'ordre interne à cette catégorie de lois. Or, le législateur français ne se contente pas d'interpréter dans le silence du donateur sa volonté probable, il va plus loin et impose la révocation ; il ne dépend pas du donateur que la donation ne soit pas révoquée, la révocation se produit en vertu de la loi, sans le ministère du juge (qui, si les conditions requises se trouvent réunies, se bornera à constater simplement la révocation et ne la prononcera pas) et sans que le donateur ait besoin de manifester sa volonté de révoquer la donation. Nous nous trouvons donc en face d'une disposition obligatoire que les parties doivent respecter dans l'intérieur de leur pays.

S'il en est ainsi, notre disposition doit garder autant que possible, même dans le commerce international, son caractère de loi obligatoire ; il faut donc repousser l'opinion qui la considère comme une simple loi interprétative dépendant de la volonté des parties.

Puisque notre disposition est obligatoire, il faut pour décider de sa portée internationale revenir au critérium du but social de la loi.

Demandons-nous donc quel est le but social poursuivi par notre cause de révocation ? Notre disposition a pour but la protection du donateur et de ses enfants. La loi a voulu d'un côté que le donateur qui fait la donation avec l'idée qu'il n'aura pas d'enfants puisse recouvrer les biens donnés s'il lui en survient, car la loi présume qu'il n'au-

rait pas donné s'il avait pu prévoir la naissance d'un enfant ; d'un autre côté elle a voulu protéger les enfants du donateur. Au Conseil d'Etat il a été dit que la révocation était établie dans l'intérêt des enfants du donateur ; mais c'est surtout le donateur qui directement profite de la révocation, car les enfants n'ont droit aux biens compris dans la donation révoquée qu'en qualité d'héritiers du donateur et seulement s'ils acceptent la succession.

Que notre disposition ait été édictée seulement dans l'intérêt du donateur ou bien dans son intérêt et dans celui de ses enfants, il n'en est pas moins vrai que c'est une loi de protection individuelle, qui doit suivre partout l'individu pour que cette protection soit efficace. Elle rentre donc dans le statut personnel et doit être régie par la *loi nationale des intéressés* (1). La donation faite par un Français sera donc révocable pour survenance d'enfant, quelle que soit la loi qui régit le contrat, la loi de la situation des biens.

Mais que décider si les lois nationales des contractants sont en contradiction. Ainsi le Code allemand ne révoque pas la donation pour cause de survenance d'enfant. La donation faite par un Français à un Allemand serait-elle révocable ? Oui, parce que le rapport en litige ayant pour but la protection du donateur, la loi nationale du donateur doit prévaloir sur celle du donataire.

Nous pouvons citer à l'appui de cette solution M. Despagne (2) qui dit que la révocation doit dépendre de la loi nationale du donateur français ; il considère en effet cette clause de révocation comme une garantie des

(1) Audinet, *Dr. int. privé*, p. 508.

(2) Despagne, *Dr. int. privé*, 2^e édit., p. 588.

droits des héritiers, et il la fait dépendre en principe de la loi successorale qui est d'après lui la loi nationale du donateur. A la vérité, il est difficile de considérer cette disposition comme une garantie des droits des héritiers, car alors comment expliquer que le père puisse disposer, même à titre gratuit, au préjudice de ses enfants, des biens recouvrés par l'effet de la révocation ? Les enfants n'ont de plus droit aux biens recouvrés qu'en qualité d'héritiers du donateur et seulement s'ils acceptent sa succession.

Nous aimons mieux cette autre proposition de M. Despagne : « En réalité, il y a incapacité établie par la loi pour les Français d'accepter sur ce point l'application d'une loi dont les dispositions ne concorderaient pas parfaitement avec celles de notre Code civil ; or, l'incapacité établie par la loi nationale suit l'individu en tout pays. » Cette façon de voir est bien la nôtre ; elle explique pourquoi cette cause de révocation, quoique rentrant dans les effets de la donation, ne peut pas dépendre comme les deux précédentes de l'autonomie des parties contractantes ; en effet, en analysant cette cause de révocation, nous avons vu qu'en ce qui la concerne la volonté des parties est dénuée de tout effet, qu'elle ne peut pas empêcher la révocation par une clause contraire ; aussi, nous repoussons l'opinion, soutenue par MM. Baudry-Lacantinerie et Colin (t. II, p. 737 et s.), qui enseignent qu'il faut s'en tenir à la loi que les parties ont acceptée ou qu'elles sont présumées avoir acceptée.

M. Brocher (t. II, p. 32) soumet la disposition de l'article 960 du Code civil français à la même compétence que la donation, c'est-à-dire à la loi successorale ; il l'applique, en conséquence, à tous les biens régis par la loi française

réglementant la succession héréditaire (1), quelle que soit la nationalité du *de cujus* (donateur) et dans quelque lieu que se soit réalisée la donation. M. Brocher ajoute que, dans l'espèce, il s'agit d'une sorte de restitution en entier contre un acte originairement régulier, acte que la révocation met à néant dans le but de faire rentrer dans le patrimoine du donateur les biens qu'il avait aliénés. Cette proposition est contestable, parce que l'auteur confond, à notre avis, les effets de la révocation avec son but. Nous avons démontré, en effet, que le but poursuivi par le législateur est la protection du donateur et de ses enfants, et que c'est afin de le réaliser qu'il déclare la donation révoquée ; s'il en est ainsi, les considérations relatives aux biens sont étrangères dans l'espèce ; les biens donnés ne rentrent dans le patrimoine du donateur que par l'effet de la révocation, dont le but social, bien défini, est la protection du donateur.

Nous avons dit plus haut que la disposition de l'article 960 rentrait dans le statut personnel et qu'elle devait suivre les Français à l'étranger. Il y a dans ce sens un arrêt très intéressant rendu par le tribunal de l'Empire d'Allemagne le 14 décembre 1891 (*Clunet*, 1893, p. 601). Il s'agissait, dans l'espèce, de savoir si une donation faite à Francfort, par un sujet du grand-duché de Bade, régi par le Code civil français, pouvait être révoquée pour cause de survenance d'enfant. La question était donc de savoir si l'on devait appliquer à la donation, en ce qui concerne

(1) L'auteur paraît du reste hésiter sur la question, car à la page 33, après avoir dit que la disposition de l'article 960 n'est pas d'ordre public international, il en conclut qu'elle ne doit pas régir les biens situés en France, mais soumis à une législation étrangère quant aux donations. Comp. Rolin, *Dr. int. privé*, t. II, p. 403, n° 827.

la révocation, le droit commun en vigueur à Francfort (qui n'admettait pas cette cause de révocation) à titre de *lex loci contractus*, ou bien l'article 960 du Code civil français qui formait la loi personnelle du donateur.

Le tribunal supérieur de l'Empire a décidé que la question de révocation pour cause de survenance d'enfant devait être résolue d'après la loi personnelle du donateur. On pourrait croire, dit-il, que la révocation pour cette cause n'est que le résultat d'une condition résolutoire tacite sous laquelle le donateur a consenti la donation. Mais si on va au fond des choses, on voit que les dispositions des articles 960 et suivants ont été inspirées par le désir de protéger les enfants qui viendraient à naître postérieurement à la donation (art. 965). Ces articles viennent aussi restreindre le droit de disposition du donateur vis-à-vis de ses enfants. A ce double point de vue, la disposition de l'article 960 se rattache, d'après les principes généralement admis en droit international privé, au statut personnel (1) et, dès lors, doit être appréciée d'après la loi du domicile. Ainsi cet arrêt, qui considère la disposition de l'article 960 comme rentrant dans le statut personnel du donateur, consacre l'opinion que nous défendons.

La révocation de la donation pour cause de survenance d'enfant est-elle d'ordre public en France, dans ce sens que, quelle que soit la nationalité du donateur, la donation sera révoquée ? Nous ne le croyons pas ; pour qu'il en

(1) M. de Bar (*Theorie und Praxis des internationalen Privatrechts*, 2^e édit., t. II, p. 113) estime que les causes de révocation des donations doivent, d'une manière générale, s'apprécier d'après la loi personnelle du donateur, car on doit supposer que le donateur a donné sous la condition de révocation et que le donataire a reçu sous cette même condition.

soit ainsi, il faudrait prouver que l'article 960 est une loi de garantie sociale ou d'ordre public international ; or, nous avons vu que le but social qu'il poursuit c'est la protection du donateur et de ses enfants et nous savons que si ces lois s'imposent aux nationaux, dans l'ordre national comme international, elles ne s'imposent pas aux étrangers. La Cour de cassation, arrêt du 23 novembre 1857 (D. 1857.I.423), l'a considérée comme une mesure d'ordre public ; la survenance d'un enfant, du moins quand il est né en France, suffirait à révoquer la donation faite par un père étranger. Mais, dans l'espèce, la question de révocation était intimement liée à la question de légitimation des enfants naturels par mariage subséquent. La Cour ne discute pas la loi à appliquer en cette matière, elle s'occupe seulement de la légitimation. Elle décide que le mariage contracté en France entre un étranger et une Française, qui y ont leur domicile matrimonial, entraîne la légitimation de leurs enfants naturels reconnus, alors même que la législation du père étranger (il s'agissait, dans l'espèce, d'un Anglais) n'admettrait pas un tel mode de légitimation. Quant à la révocation de la donation, la Cour se contente d'affirmer que les donations faites par le père étranger, avant la naissance des enfants qu'il a légitimés par mariage subséquent et à une époque où il était sans enfants, sont révoquées de plein droit, conformément à l'article 960 du Code civil (1). Cet arrêt de la Cour de cassation a cassé un arrêt de la Cour d'Orléans du 17 mai 1855 (D. 1856.II.154) qui avait décidé en substance que l'étranger qui a fait une donation à un Français

(1) Dans ce sens : Brocher, *Dr. int. privé*, t. II, p. 33. — V. aussi : Bordeaux, 5 août 1872, S. 1872.2.269 ; trib. Tunis, 25 mars 1890, *Clunet*, 1891, p. 238.

en France n'est pas fondé à prétendre que cette donation a été révoquée de plein droit, conformément à l'article 960, par la reconnaissance qu'il a faite depuis, dans l'acte de célébration de son mariage, d'enfants nés de lui et de la femme qu'il a épousée, si la loi de son pays n'admet pas la légitimation des enfants naturels par mariage subséquent. En somme, dans cet arrêt comme dans le précédent, il s'agissait de savoir quelle loi il fallait appliquer en matière de légitimation, et du moment que la Cour d'Orléans avait décidé qu'il fallait appliquer la loi anglaise (qui ne reconnaît pas la légitimation des enfants par mariage subséquent), il n'y avait pas d'enfants légitimés et par conséquent la donation devait être maintenue.

La Cour de cassation avait renvoyé les plaideurs devant la Cour de Bourges qui devait se prononcer sur la question de la révocation, car le demandeur prétendait qu'alors même que le mariage de l'étranger anglais avec la femme française emporterait légitimation au profit des enfants, la donation n'en devrait souffrir nulle atteinte. La Cour n'examina cependant pas la question séparément, elle la confondit de nouveau avec la question de légitimation. Voici ce qu'elle décida par arrêt du 26 mai 1858 (D. 1858, II, 178) : « Considérant qu'on ne saurait scinder l'état ou la condition des personnes ; que la légitimation par mariage subséquent est indivisible dans son essence ; que reconnaître et décréter que l'enfant est légitimé sauf à contester les effets qu'elle opère de plein droit, ne serait ni juridique ni logique ». En conséquence la Cour de Bourges constate la révocation de la donation qui s'est opérée de plein droit ; en outre elle admet la façon de voir de la Cour de cassation quant à la légitimation.

Il semble bien résulter de tout ceci que la jurisprudence

considère la révocation qui nous occupe comme d'ordre public, bien que dans aucun de ses arrêts elle ne le dise expressément ; mais il suffit qu'elle ne s'occupe pas de la disposition de la loi étrangère à cet égard, qu'elle affirme que, malgré la nationalité étrangère du père, la donation est révoquée de plein droit, pour qu'il nous soit permis de supposer que ce sont des considérations d'ordre public qui ont fait donner la préférence à la loi française.

En y réfléchissant bien on ne voit pas en quoi l'ordre public français est intéressé à ce que la donation faite par un étranger soit révoquée par la survenance d'enfants au donateur.

Cependant nous croyons que, dans l'espèce qui se présentait, la donation devait être considérée comme révoquée. Si l'on admet avec la Cour de cassation que les enfants nés d'un étranger et d'une Française sont légitimés de plein droit par le mariage subséquent des parents, il reste à savoir si la donation est révoquée. La loi anglaise ne révoque pas les donations pour survenance d'enfant, mais un Anglais pourrait sans doute stipuler dans le contrat de donation cette cause de révocation ; de sorte que pour un Anglais dont la loi ne contient pas une disposition impérative analogue à l'article 960 du Code civil français, cette cause de révocation rentre dans l'autonomie de la volonté ; elle doit donc, en droit international, être régie par la loi choisie par les parties. Or, dans l'espèce, il s'agissait d'une donation faite par un Anglais et une Française et le contrat de donation avait été passé en France ; en l'absence d'une volonté contraire, la loi française devait être considérée comme régissant le contrat de donation à titre de *lex loci contractus* par interprétation de la volonté des parties. Du moment que la loi française

régissait le contrat de donation et qu'elle admettait la révocation pour cause de survenance d'enfant, la donation devait être considérée comme révoquée. En somme, nous croyons que la Cour juge sainement en considérant la donation comme révoquée, mais pas pour les mêmes motifs qui ressortiront mieux en modifiant un peu l'espèce. Supposons que la donation ait été passée en Angleterre et que la loi anglaise régit la donation à titre de *lex loci contractus* ; dans ce cas, si la question est portée devant les tribunaux français, par exemple parce que la donation porte sur des immeubles situés en France, nous pensons qu'ils ne devraient pas considérer la donation comme révoquée parce que la loi anglaise qui régit le contrat n'admet pas cette cause de révocation ; d'après l'opinion de la Cour, au contraire, il faudrait admettre que la donation est révoquée, la révocation de la donation pour cause de survenance d'enfant étant d'ordre public.

CHAPITRE VI

DES EXCEPTIONS A LA RÈGLE DONNER ET RETENIR NE VAUT. —
DES DONATIONS FAITES PAR CONTRATS DE MARIAGE ET PARTICU-
LIÈREMENT DE LA DONATION DES BIENS A VENIR OU INSTI-
TUTION CONTRACTUELLE.

Le législateur français a voulu favoriser le mariage par tous les moyens possibles ; pour atteindre ce but il assura, d'abord, au mariage une situation privilégiée en tant qu'institution se trouvant à la base de tout ordre social, en établissant entre les enfants légitimes et les enfants naturels une différence bien marquée au point de vue de leurs droits successoraux, différence qui a été beaucoup atténuée, du reste, par la loi du 25 mars 1896 ; ensuite, il s'est préoccupé des intérêts pécuniaires des époux, et pour mieux favoriser le mariage, il supprima en cette matière les dispositions plus ou moins rigoureuses du droit commun. Ces mesures de faveur se rapportent les unes aux divers modes d'association du patrimoine des époux (les époux ont la plus grande liberté pour la rédaction de leur contrat de mariage) ; les autres, aux libéralités qui peuvent être faites aux époux ou à l'un d'eux, en vue de leur mariage.

Toutes les mesures de protection, dont le législateur français entoure habituellement les donateurs afin de les empêcher de faire des donations irréflechies et garantir leur liberté, ne s'appliquent plus aux donations faites par contrat de mariage.

On peut faire aux futurs époux trois espèces de donations : donation de biens présents, donation de biens à venir et donation des biens présents et à venir ; parmi les dispositions qui les concernent, il en est qui sont communes aux trois modes de donation, d'autres ne regardent que l'un d'entre eux. Nous essaierons de préciser la portée de ces dispositions dans le droit international privé ; mais comme le trait commun des donations faites par contrat de mariage est de déroger à la règle « donner et retenir ne vaut » nous croyons pouvoir restreindre nos recherches à la donation des biens à venir qui s'écarte le plus des règles du droit commun.

§ 1. — De l'institution contractuelle dans l'ancien droit et dans le droit français actuel. — Nature de l'institution contractuelle.

L'article 1082 premier alinéa s'exprime ainsi : « Les père et mère, les autres ascendants, les parents collatéraux des époux, et même les étrangers pourront, par contrat de mariage, disposer de tout ou partie des biens qu'ils laisseront au jour de leur décès, tant au profit desdits époux, qu'au profit des enfants à naître de leur mariage, dans le cas où le donateur survivrait à l'époux donataire. » L'article 1082 permet donc de faire par contrat de mariage des donations ayant pour objet des biens à venir, donations que la loi déclare nulles en d'autres cas comme contraires à la règle : donner et retenir ne vaut.

La donation de biens à venir est une donation contractuelle par sa forme et par le caractère d'irrévocabilité dont elle est revêtue ; elle se rapproche du testament par son objet car elle porte sur des biens à venir, par la caducité dont elle est frappée si le donateur survit au donataire ou à sa

postérité et enfin par les moyens indirects de révocation laissés au donateur, car si le donateur ne peut plus disposer à titre gratuit des objets compris dans la donation, il peut dissiper toute la libéralité par une mauvaise administration ; le donateur, en effet, ne se dépouille pas actuellement, il ne donne que ce qu'il laissera à l'époque de son décès. Dans l'ancien droit on appelait cette disposition institution contractuelle, expression bien choisie, disent les auteurs, parce qu'elle équivaut à une définition ; la donation de biens à venir est en effet une institution d'héritier faite par contrat de mariage. La donation de biens à venir est donc un pacte sur succession future, elle déroge à ce point de vue encore au droit commun qui interdit tout pacte successoral.

L'institution contractuelle ne vient pas du droit romain ; le droit de tester jouissait à Rome d'une trop grande faveur pour que les pactes sur succession future puissent y trouver place. C'est dans les lois franques qu'il faut, de l'avis des auteurs, chercher l'origine de l'institution contractuelle et c'est dans la loi salique (1) qu'on trouve la première trace de notre institution.

(1) C'est le titre 48 de la loi salique qui parle de cette institution (Pardessus, *Loi salique*, p. 390). Le donateur se démet en tout ou en partie de son patrimoine, au moyen du jet d'un rameau ; le donataire prend possession à titre d'héritier de façon à affirmer son droit, puis il rend au donateur les biens qui lui avaient été remis. Est-ce d'une donation entre vifs qu'il s'agit ? La tradition qui s'opère pourrait le faire croire ; mais le texte dit que le donateur a appelé héritier celui qui reçoit le rameau. Or héritier et donataire sont deux termes différents. Est-ce d'un testament qu'il s'agit ? Non plus, car nous trouvons dans notre institution le concours de deux personnes, l'une qui donne, l'autre qui reçoit ; de plus, dans l'institution dont parle la loi salique, l'héritier choisi pourra agir par les moyens de preuve à sa disposition pour établir ce qui s'est passé, si le disposant voulait revenir sur sa disposition, ce qu'il

L'institution contractuelle de la loi salique et de la loi Ripuaire n'est pas restreinte aux contrats de mariage seuls, elle peut trouver place dans tout acte juridique.

A la fin de la période féodale l'institution contractuelle fut attaquée par des légistes fortement inspirés du droit romain, où cette institution n'était pas connue ; mais solidement assise tant dans les pays de coutume que dans les pays de droit écrit, elle ne pouvait disparaître. Cependant au XVI^e siècle les légistes qui furent chargés de la rédaction des coutumes purent renfermer l'institution contractuelle dans des limites plus étroites ; ils la restreignirent au contrat de mariage, à condition qu'elle fût limitée aux conjoints et à ceux qui pourraient naître d'eux et qu'elle fût faite dans l'acte même qui fixait les conditions civiles du mariage (Bourbonnais, art. 219 ; Nivernais, ch. 27, art. 9 ; Vermandois, art. 54 et 55). Après la rédaction des coutumes, plusieurs ordonnances confirmèrent et réglementèrent l'institution contractuelle. Les ordonnances de 1731 et 1747 consacrèrent l'usage de l'institution contractuelle dans le contrat de mariage. Notre institution passa dans le Code civil, après

ne pourrait faire pour le testament qui est essentiellement révocable. Nous nous trouvons donc en face d'une institution d'héritier opérée par un contrat, institution qui de plus est irrévocable ; or ces deux traits sont précisément les caractères fondamentaux de l'institution contractuelle du droit coutumier.

La féodalité trouva l'institution contractuelle en vigueur, et elle s'empressa de l'adopter ; cette institution pouvait en effet assurer le service des fiefs. Dans le contrat de mariage le seigneur garantissait irrévocablement à un futur époux (son vassal) qu'il aurait son fief et des ressources assez considérables pour y vivre noblement. Quant aux roturiers, ils usaient rarement de la donation des biens à venir, parce qu'ils ne possédaient pas alors la fortune territoriale et qu'ils n'avaient pas à supporter les charges des fiefs.

avoir été défendue pendant le droit intermédiaire par les lois du 7 mars 1793 et du 17 nivôse an II ; cependant on chercherait vainement dans le Code civil l'expression d'institution contractuelle, les rédacteurs du Code n'ayant pas voulu l'adopter, malgré les avantages qu'elle présente pour la terminologie juridique. La donation des biens à venir présente tous les caractères de l'ancienne institution contractuelle et Jaubert dans son rapport au Tribunat du 9 floréal an XII le dit explicitement quand il affirme que « les institutions contractuelles continueront d'être autorisées en faveur du mariage » ; aussi les principes qui régissaient l'ancienne institution contractuelle peuvent, de l'avis de certains auteurs (1), intervenir utilement pour l'interprétation de la donation des biens à venir du droit actuel.

Quelle est la nature de la donation des biens à venir autorisée par le Code civil ? — Comme le Code ne nous fournit pas une formule précise, nous croyons nécessaire d'exposer brièvement les théories en cours dans l'ancien droit français.

La plupart des auteurs du droit écrit estimaient que l'institution contractuelle n'était qu'une donation entre vifs, parce qu'elle confère au donataire un droit irrévocable à la succession du donateur, tandis que les dispositions à cause de mort sont essentiellement révocables. Lebrun (2), par exemple, tout en reconnaissant que l'institution contractuelle avait quelques rapports avec la donation à cause de mort, estimait qu'elle se rapprochait plus de la donation entre vifs à cause de son irrévocabilité ;

(1) Demolombe, VI, n° 273.

(2) Lebrun, *Des successions*, Livre III, Ch. II, nos 6 et 19.

« c'est une maxime, dit-il, qu'un acte qui participe de diverses natures (donation entre vifs et donation à cause de mort) doit être réputé de celle dont il tient le plus ; or, à cause de l'irrévocabilité, elle se rapproche plus de la donation entre vifs ».

Dans les pays de coutumes l'institution contractuelle était généralement considérée comme une donation à cause de mort. Les auteurs (Guy Coquille et Eusèbe de Laurière) pensaient que l'institution contractuelle tenait de la nature de la donation à cause de mort parce que le donateur ne se dépouille pas actuellement et qu'en cela le donateur se préfère au donataire et préfère celui-ci à ses héritiers comme dans la donation à cause de mort, parce que l'une comme l'autre sont révoquées par le prédécès du donataire et parce que l'institution contractuelle comme la donation à cause de mort est suspendue quant à son exécution jusqu'à la mort de l'instituant (1).

D'autres auteurs tels que Furgole et Domat se sont ralliés à un système mixte, ils appelaient l'institution contractuelle *amphibie* parce qu'elle tient tout ensemble de la donation et du testament et la considéraient comme un contrat à part ayant des règles tirées tantôt des donations, tantôt des testaments. « Il suffira, dit Domat (2), de faire ici la remarque d'un principe essentiel et d'un grand usage dans la matière. Ce principe consiste en ce que les institutions contractuelles, ayant leur nature mêlée de celle des testaments et de celle des conventions, et leurs règles

(1) Quant à l'irrévocabilité de l'institution contractuelle, Laurière (*Institutions et substitutions contractuelles*, ch. II, n° 21 et suiv.) affirmait qu'une donation à cause de mort peut être irrévocable pourvu qu'elle soit révocable au cas où le donateur survit au donataire.

(2) Domat, *Titre des successions*, Préface, n° 10.

étant par conséquent mêlées de ces deux natures, on doit distinguer en chaque difficulté, lesquelles de ces deux sortes de règles on doit y appliquer et si c'est par des règles des conventions que la difficulté doit se résoudre ou par des règles des testaments, suivant que les unes ou les autres peuvent y convenir. »

Sous le régime du Code civil, il ne saurait plus être question de la donation à cause de mort, du moment que l'article 893 aux termes duquel : « On ne pourra plus disposer de ses biens à titre gratuit que par donation entre-vifs ou par testament » proscriit ce mode de disposer à titre gratuit. Aussi les termes de l'article 893 ne permettent pas de considérer l'institution contractuelle comme un mode de disposer à part distinct de la donation ou du testament, il faut donc nécessairement classer l'institution contractuelle soit parmi les donations, soit parmi les testaments. « Le choix, dit M. Baudry-Lacantinerie (1), ne saurait guère être douteux. La nature contractuelle de la disposition dont il s'agit ne permet pas de l'assimiler aux dispositions testamentaires et son irrévocabilité lui assigne tout naturellement sa place dans la catégorie des donations. C'est sous ce nom d'ailleurs que le Code civil la désigne ; nous avons déjà noté qu'il évite avec une sorte d'affectation de se servir de l'ancienne expression : institution contractuelle. Enfin, Pothier, guide ordinaire des rédacteurs du Code civil, lui assignait ce caractère. » Nous adoptons cette opinion et nous en tiendrons compte dans la suite.

(1) Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Donations et testaments*, t. II, p. 853. Dans le même sens, Laurent, *Droit civil*, t. XV, n° 178, pp. 220 et 221.

§ 2. — De la loi qui doit régir la capacité de disposer par institution contractuelle.

Quelle est la loi qui doit régir, en droit international privé, la question de savoir si le donateur a pu valablement disposer de ses biens à venir au moyen d'une institution contractuelle insérée dans le contrat de mariage des futurs époux ?

Un conflit peut naître à cet égard entre la loi française et la loi italienne. La loi italienne, article 1064, interdit la donation des biens à venir de même que la loi française ; mais à la différence de celle-ci, elle a supprimé l'institution contractuelle ; la loi française, nous l'avons vu, permet par exception les donations de biens à venir dans les contrats de mariage et en faveur du mariage. Dès lors, on peut se demander quel sera le sort d'une donation de biens à venir, insérée dans un contrat de mariage, faite par un Italien, quant aux biens situés en France ; que la donation soit nulle à l'égard des biens situés en Italie, cela va de soi ; à l'égard des biens situés en France, il n'en est plus de même, la solution dépendra de la loi que l'on reconnaîtra compétente. Valable si l'on applique la loi française, l'institution contractuelle sera nulle si l'on fait prévaloir la loi italienne.

Quelle est donc la loi qui doit, en raison, régir le conflit ?

— Si nous examinons de près la disposition de l'article 1082 du Code civil français, nous voyons qu'elle contient une dérogation à la règle « donner et retenir ne vaut » dont une des principales applications est l'interdiction des donations de biens à venir. En examinant d'un côté les raisons qui ont fait établir la disposition de l'article 1082, de l'autre, celles qui ont poussé le législateur à déclarer les

donations entre vifs irrévocables, on arrivera facilement, ce nous semble, à déterminer la loi compétente.

Le législateur français permet la donation de biens à venir par contrat de mariage, parce qu'il a pensé que, pour favoriser les mariages, il fallait se départir des règles rigoureuses du droit commun qui ne permet que la donation irrévocable de biens présents. La donation de biens présents est, sans doute, pour les époux la plus avantageuse, car elle leur assure les ressources qui leur sont nécessaires pour subvenir aux charges du ménage. Mais, à côté de cet avantage, la donation de biens présents a aussi ses inconvénients : impliquant un dessaisissement actuel et irrévocable, imposant au donateur une diminution actuelle de son patrimoine, il arrivera que celui-ci, malgré les bonnes intentions dont il est animé à l'égard des futurs époux, reculera devant un pareil sacrifice.

Pour parer à cet inconvénient, le législateur permet à tous ceux que le sort des futurs époux intéresse, de les gratifier au moyen d'une institution contractuelle, qui a précisément l'avantage de ne pas imposer au donateur un dépouillement actuel des biens donnés, et qui, de plus, présente pour le donataire un réel avantage, car elle ne le laisse pas exposé à toutes les chances de révocabilité qu'il aurait à courir, s'il était gratifié par une disposition testamentaire.

Il résulte de tout ceci que le but poursuivi par le législateur a été de favoriser le mariage, de protéger les futurs époux ; que notre disposition est, par conséquent, une loi de protection individuelle, rentrant dans le statut personnel des intéressés.

En rapprochant, maintenant, la disposition de l'article 1082 de la règle « donner et retenir ne vaut » dont elle

n'est qu'une exception, on pourra déterminer d'une façon plus précise la loi compétente. En traitant de l'irrévocabilité des donations entre vifs, nous avons dit que cette règle a pour but de protéger le donateur, nous avons ajouté qu'elle rentre dans la catégorie des lois obligatoires, et qu'à ce titre le donateur français ne peut pas s'y soustraire quelle que soit la loi du lieu du contrat. Ainsi, la question de savoir si la donation est révocable ou irrévocable rentre dans le statut personnel du donateur, elle dépend de sa loi nationale. Si la loi sur l'irrévocabilité est obligatoire, si on ne doit pas se soustraire à son autorité, n'est-ce pas à elle aussi d'en déterminer les exceptions? N'est-ce pas à la loi qui pour mieux protéger le donateur ne lui permet que les donations irrévocables qu'il appartient aussi de déterminer les cas exceptionnels dans lesquels il pourra en faire de révocables? Or, c'est la loi nationale du donateur qui décide de l'irrévocabilité, c'est donc aussi à elle qu'il faudra s'adresser pour déterminer les exceptions. Par conséquent la question de savoir si un donateur a pu valablement disposer de ses biens à venir par contrat de mariage dépend de sa *loi nationale*.

Nous avons cru devoir insister sur le caractère obligatoire de notre disposition, parce que nous en avons besoin afin de combattre l'opinion d'après laquelle c'est à la *lex loci contractus*, choisie par les parties, qu'il faudra demander la solution du conflit. Cette opinion est soutenue par MM. Baudry-Lacantinerie et Colin (1). Ces auteurs se demandent si un étranger pourrait valablement faire une institution contractuelle en France, alors que sa loi nationale ne permettrait point ce mode de disposition, et

(1) Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Donations et testaments*, II, p. 827.

ils répondent que l'affirmative ne paraît pas discutable. Ils s'en tiennent à la doctrine de l'autonomie de la volonté qui enseigne que, les questions de capacité et d'ordre public exceptées, le contrat doit être régi par la loi choisie expressément ou tacitement par les parties.

« Appliquée, disent-ils, à l'institution contractuelle, cette règle conduit à décider que l'institution est valable et qu'elle doit s'exécuter, quelle que soit la nationalité des parties, dès l'instant que celles-ci se sont référées à la loi française. »

En donnant cette solution, ces auteurs se sont conformés à celle qu'ils ont préconisée relativement à l'irrévocabilité des donations, car pour eux la question de savoir si une donation est irrévocable ou non dépend de la loi du pays à laquelle les parties se sont référées en contractant. Nous avons insisté longuement sur cette opinion en traitant de l'irrévocabilité des donations ; aussi nous nous contenterons de répondre, qu'avant de chercher quelle est la loi choisie par les parties, il faut établir qu'elles avaient la possibilité de ce choix, que leur volonté n'était restreinte par aucune loi. Nos auteurs ne le font pas ; partant du principe que l'institution contractuelle est un contrat, ce que nous ne contestons pas, ils appliquent à la solution de la question la doctrine de l'autonomie de la volonté sans aucune restriction. Ils ne tiennent pas compte du caractère obligatoire de la disposition sur l'irrévocabilité des donations. Or, nous croyons que la doctrine de l'autonomie ne peut et ne doit s'appliquer que relativement aux lois facultatives ; quant aux lois obligatoires c'est au droit international privé à nous donner la solution, car la volonté des parties n'y entrant pour rien, — parce que précisément une loi obligatoire entend restreindre cette volonté, — on ne pourrait

faire prévaloir cette volonté sans diminuer l'autorité de la loi. Nous avons essayé de démontrer plus haut le caractère obligatoire de notre disposition ; aussi, croyons-nous que la *lex loci contractus* n'a aucune compétence en la matière. Il s'agit d'une loi de protection individuelle qui doit rentrer comme telle dans le statut personnel du donateur.

A l'appui de cette opinion nous pouvons citer Bertauld (1). Il se demande si la donation de biens à venir faite par un étranger contrairement à la loi nationale du disposant aurait effet sur les biens situés en France, quelle que soit d'ailleurs la nationalité du donataire ? « Non, dit-il ; les modes de disposition quant au fond du droit sont régis par la loi nationale du disposant. La situation des biens en France ne sauve pas la donation et ne lui assure pas l'efficacité que lui refuse la loi du donateur. » Laurent (2), parlant de cet auteur, dit que cette solution est une conséquence de son système d'après lequel le statut des successions est personnel. Or Bertauld dit formellement, au n° 56, que le statut successoral n'a rien à voir dans la question. Il se demande quel sera le sort d'une donation de biens à venir faite par un Français dans un contrat de mariage quant aux biens situés dans un pays qui interdit une pareille donation. Voici ce qu'il écrit à ce sujet : « J'annonce la question, sans la traiter ; seulement je tiens à indiquer qu'elle est distincte de la question de savoir si la loi du domicile du défunt régit les immeubles dépendant de sa succession, en quelque lieu qu'ils soient situés. Autre chose est le point de savoir si un titre successif, reconnu par toutes les nations, recevra une application uni-

(1) Bertauld, *Questions pratiques et doctrinales*, p. 44 et s., n°s 54 à 56.

(2) Laurent, *Droit civil international*, VI, p. 504 et 197.

forme et indépendante de la situation des biens ; autre chose est le point de savoir si un titre translatif qui est admis ici, qui n'est pas admis là, aura force dans un pays qui ne le reconnaît pas. » Aussi Bertauld affirme nettement, et c'est ce que nous pensons, qu'il ne faut pas se préoccuper de la loi successorale quant à la capacité de donner entre vifs en général, et quant à la capacité de disposer par l'institution contractuelle en particulier. M. Louis Renault (1), dans une espèce qui s'est présentée devant la Cour de cassation, incline aussi à croire que la question de savoir si un Espagnol a pu disposer au profit de sa fille du quart des biens qu'il laisserait à son décès dépend de sa loi nationale, et nullement de la loi de la situation des biens.

Beaucoup d'auteurs cependant, d'accord avec la jurisprudence, se prononcent pour la compétence de la loi successorale, c'est-à-dire de la loi de la situation des biens. Laurent (2) pense que cette solution est incontestable au point de vue de la tradition française, mais il reconnaît qu'elle n'est pas de nature à faciliter la réalisation du but poursuivi par le législateur, celui de favoriser le mariage. « Est-ce favoriser le mariage, dit-il, que de subordonner la validité de l'institution contractuelle à la situation des biens ? Ce serait dire que le mariage doit être favorisé ou ne doit pas l'être, selon que les biens sont situés à Rome, ou dans un pays de droit écrit qui ignore l'institution d'un héritier par contrat ; ces distinctions tirées de la situation accidentelle des biens, alors que le but de la loi est essentiellement personnel, n'ont pas de sens. »

(1) *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XI, pp. 712 et 713 et t. XIV, p. 584 et suiv.

(2) Laurent, *Droit civil international*, VI, p. 595.

Dans le même sens sont Aubry et Rau (1) qui estiment que la donation de biens à venir faite par un étranger, quoique valable d'après sa loi nationale, reste sans effet quant aux biens situés en France, si elle ne rentre pas dans l'un des cas où la donation de biens à venir est permise par la loi française. Plus loin les auteurs ajoutent : « L'étranger peut disposer des biens qu'il possède en France, conformément à la loi française, encore que le mode de disposition qu'il entend adopter soit proscrit par la loi de son pays. »

M. Brocher (2) s'exprime très brièvement quant aux donations faites par contrat de mariage ; d'après lui, c'est à la loi qui régit la succession *ab intestat* qu'il faut accorder compétence en cette matière. Voici ce qu'il dit à ce sujet : « Ces dispositions (les donations par contrat de mariage) forment autant d'exceptions apportées aux principes généraux régissant les donations entre vifs, ce qui semble leur communiquer le caractère de réalité dont celles-ci sont revêtues. C'est là ce qui prédomine dans ce sujet, bien que les deux autres statuts (3) doivent nécessairement s'y présenter dans certains cas. »

La jurisprudence française a eu l'occasion de se prononcer sur la question, mais les solutions données sont contradictoires. Voici une espèce importante. Le comte Garcia de la Palmira, sujet espagnol, a, dans un contrat de mariage reçu par un notaire à Rome le 21 avril 1870, donné à sa fille, devenue plus tard comtesse Antonelli par son ma-

(1) Aubry et Rau, *Droit civil*, t. I, p. 101, lettre f. V. aussi Demolombe, t. I, n° 83, p. 92.

(2) Brocher, *Cours de droit international privé*, t. II, n° 151, pp. 57 et 58.

(3) Les deux statuts dont parle l'auteur sont : le statut personnel et le statut des faits juridiques. Dans le même sens, Rolin, t. II, pp. 443 et suiv., n° 866.

riage, une dot de 200.000 francs et lui a, en outre, donné par préciput et hors part le quart des biens qu'il laisserait à son décès. A la mort du comte de la Palmira, la nullité de cette donation préciputaire a été demandée par le frère de la comtesse Antonelli qui invoquait la législation espagnole (la Novissima Recoplicion), d'après laquelle les parents ne peuvent faire aucune donation préciputaire même des biens à venir, au profit et pour dot de leurs filles. Le demandeur argumentait ainsi : « La loi nationale du défunt permet l'institution contractuelle aussi bien que la loi française ; mais elle frappe les père et mère d'une incapacité relative de disposer à l'égard de leurs filles. Or ce qui concerne la capacité des personnes relève de la législation de leur pays. Donc, incapable en Espagne, le *de cujus* espagnol doit être aussi, en France, regardé comme tel. Peu importe qu'il ait donné des immeubles situés en France. La loi territoriale française n'a rien à voir dans une affaire où s'agit une pure question de statut personnel. » Cette argumentation n'a pas réussi devant le tribunal de la Seine, qui, par un jugement du 21 juillet 1879, a validé la donation préciputaire en tant qu'elle s'appliquait aux immeubles situés en France pour ce motif qu'il est de doctrine que l'étranger peut, conformément à la loi française, disposer des biens qu'il possède en France, encore que le mode de disposition qu'il veut adopter ne soit pas reconnu dans son pays.

Sur appel, la Cour de Paris a infirmé ce jugement par un arrêt du 12 mars 1881 (1). La Cour pose d'abord le principe qu'un étranger reste soumis, dans quelque pays qu'il se trouve, à sa loi nationale, concernant la capacité de disposer ; ensuite s'occupant de l'espèce, la Cour dit que : « si

(1) *Clunet*, 1881, p. 355 et s.

un père espagnol a consenti, contrairement aux lois de son pays, une donation par préciput au profit de sa fille, cette donation, nulle au regard de la loi nationale du disposant, ne peut recevoir exécution en France, alors même qu'elle porterait sur des immeubles ».

Voici les principaux considérants : « Attendu, dit la Cour, que sans doute, aux termes de l'article 3, § 2 du Code civil, les immeubles français doivent être régis par la loi française, mais que l'appelant ne demande nullement à se soustraire à l'application de cette loi, qu'il se borne à repousser une donation affectée, dès le jour où elle a été faite, d'une nullité complète et absolue ; attendu qu'il ne s'agit pas ici d'un contrat passé en France conformément à l'article 1082 du Code civil, mais d'un acte passé à Rome où le comte Garcia résidait alors ; ce n'est donc pas au point de vue de la loi française qu'il convient de se placer pour apprécier la validité de cet acte, mais bien au point de vue de la capacité personnelle du donateur, stipulant hors de France, dans les limites qui lui étaient fixées, non par la loi française, mais par celle de son pays. »

Ainsi la Cour de Paris a fait triompher dans la cause qui nous occupe la loi nationale du donateur et sans s'arrêter au fait que la demande était relative aux immeubles situés en France, elle a déclaré nulle l'institution contractuelle conformément à la loi espagnole. La Cour s'est placée, pour apprécier la validité de l'institution contractuelle, au point de vue de la capacité personnelle du donateur ; et en ceci la Cour paraît avoir fait sienne l'opinion que nous avons défendue. Cependant nous trouvons une restriction qui nous arrêtera quelque peu. Attendu, dit la Cour, *qu'il ne s'agit pas d'un contrat passé en France conformément à l'article 1082...* cela signifie-t-il que la Cour

n'aurait pas donné la même solution si le contrat avait été passé en France ? nous ne pouvons l'affirmer, bien qu'il semble résulter de son langage que le fait que le contrat avait été passé en Italie a été de quelque poids dans sa décision. Comment concilier surtout cette restriction avec le principe si large posé par la Cour, que l'étranger reste soumis, dans quelque pays qu'il se trouve, à sa loi nationale, quant à sa capacité. A la vérité, le lieu du contrat importait peu dans l'affaire, il s'agissait d'une question de statut personnel, et nous savons qu'en cette matière le lieu du contrat est dénué de toute influence. M. Louis Renault (*Revue critique*, t. 11, pp. 712 et 713) nous dit que c'est à tort que la Cour a relevé la circonstance que le contrat de mariage avait été passé à Rome. « Il s'agissait, dit M. Renault, de savoir laquelle l'emporterait de la loi nationale du disposant ou de la loi de la situation des immeubles ; peu importait que l'acte de donation ait été fait ici ou là ; les formes de cet acte ne soulevaient aucune contestation. La Cour devait motiver sa solution simplement en affirmant que l'incapacité de disposer entre vifs en faveur des filles fait partie du statut personnel, qu'elle doit donc produire son effet même pour les immeubles situés en France. »

Contre cet arrêt, la comtesse Antonelli s'est pourvue en cassation pour violation de l'article 3 § 2 du Code civil français. Par un arrêt du 2 avril 1884 (1) la Cour de cassation a cassé l'arrêt de la Cour de Paris. Voici les motifs de sa décision : « Attendu que l'article 3 § 2 dispose que les immeubles même ceux possédés par des étrangers sont régis par la loi française ; qu'il en résulte que tout ce qui touche à la transmission, soit par voie de succession *ab*

(1) *Clunet*, 1885, p. 77 et s.

intestat, soit par voie d'*institution contractuelle*, d'immeubles situés en France et appartenant à un étranger, est régi par le statut réel français (1), et non par le statut personnel de celui dans la succession duquel les biens se trouvent ; que, dès lors, quels que soient la nationalité des intéressés et le lieu où l'acte de transmission a été passé, c'est d'après la loi française que doivent être appréciées la valeur de cet acte et la légalité des stipulations qu'il contient ; que l'article 1082 du Code civil autorise les père et mère d'un époux à disposer au profit de cet époux par préciput et hors part et dans un contrat de mariage, de tout ou partie des biens qu'ils laisseraient à leur décès ; que Garcia de la Palmira a pu donc faire à sa fille l'institution contractuelle dont la comtesse Antonelli demande l'application au partage des immeubles dépendant de la succession de son père qui sont situés en France. — Par ces motifs : la Cour décide que en jugeant le contraire et en faisant prévaloir la loi espagnole sur le statut réel, qui, en France, régit les immeubles situés sur son territoire, l'arrêt attaqué a violé les dispositions des articles 3 § 2 et 1082 du Code civil. »

Ce que nous devons retenir, c'est le principe posé par la Cour d'après lequel tout ce qui touche à la transmission, soit par voie de succession *ab intestat*, soit par voie d'institution contractuelle, d'immeubles situés en France, est régi par le statut réel français.

Cet arrêt de la Cour suprême est conforme aux règles admises en général par la jurisprudence française qui estime que l'article 3 du Code civil a maintenu en prin-

(1) Cfr. Bordeaux, 10 janvier 1881 et Cass., 20 février 1882, Sirey, 1882.I.145 et la note de M. Labbé. V. aussi l'examen de la même affaire par M. L. Renault, *Revue critique*, 1883, p. 724 et suiv.

cipé la théorie des statuts et que les solutions admises dans l'ancien droit s'imposent encore de nos jours aux tribunaux; aussi la Cour de cassation a maintes fois consacré la doctrine d'après laquelle la capacité de disposer à titre gratuit tient au statut réel et les étrangers sont régis en cette matière par la *lex rei sitae*; cette façon de voir tient à ce que la Cour considère que les donations doivent être assimilées aux successions au point de vue du droit international privé et qu'à ce titre elles doivent rentrer sous la même compétence que les successions, c'est-à-dire le statut réel.

Pour l'intelligence de cet arrêt, il nous faut exposer la jurisprudence de la Cour en matière de succession *ab intestat*.

La jurisprudence française, dans ses décisions relatives aux conflits de lois en matière de succession *ab intestat*, reproduit les solutions données par les anciens statutaires (1). Elle distingue les meubles des immeubles.

(1) Les jurisconsultes statutaires, conformément à leur théorie générale, distinguaient, au point de vue des successions, entre les meubles et les immeubles. Les successions immobilières furent régies par le statut réel, et on appliquait la coutume du lieu où les immeubles étaient situés. Les biens laissés par le *de cujus* dans une coutume constituaient pour ainsi dire un patrimoine distinct pour lequel on appliquait la loi locale, de sorte que, si le défunt avait laissé des biens immeubles dans le territoire de plusieurs coutumes, chaque groupe de biens était régi par la coutume locale. Ce principe était exprimé par l'adage suivant : *Quot sunt bona diversis territoriis obnoxia, tot sunt patrimonia*. Cette règle s'explique par ce fait que dans l'ancien droit on partait du principe que « Toutes coutumes sont réelles », et les statutaires n'y dérogeaient que pour le statut personnel; les successions immobilières ne rentrant pas dans le statut personnel, les statutaires s'en tenaient strictement au principe de la territorialité des lois et nous savons que les auteurs entendaient ce principe dans le sens que tout ce qui touche aux immeubles est de statut réel.

En ce qui concerne les successions mobilières, on les faisait régir par la loi du domicile du défunt (Dumoulin et Boullenois). Pour justifier

Quant aux successions immobilières, nombre d'arrêts ont décidé qu'elles devaient être régies par la loi de la situation des immeubles ; en conséquence, la jurisprudence fait toujours régir par la loi française la transmission héréditaire des immeubles situés en France, sans se préoccuper autrement de la nationalité du défunt.

Quant aux successions mobilières, la jurisprudence est moins ferme en ce qui concerne la loi applicable. Ce qui est certain c'est qu'elle forme des meubles existant en tout lieu une masse unique qu'elle régit par une loi unique. Mais quelle est cette loi ? Sur ce point la jurisprudence applique tantôt la loi du domicile du défunt, tantôt sa loi nationale ; cependant on peut dire, qu'en règle générale, elle admet la loi du domicile du *de cuius*. Ainsi, la succession mobilière d'un Français, qui à sa mort était domicilié en pays étranger, sera régie par la loi du pays où le *de cuius* était domicilié et non par la loi française.

Quant à la succession mobilière d'un étranger domicilié en France, la jurisprudence distingue suivant que l'étranger était ou non admis à domicile. Si l'étranger était admis à domicile elle applique la loi du domicile (la loi française) ; dans le cas contraire, si l'étranger n'avait en France qu'un simple domicile de fait, on applique la loi

cette solution, voici comment on raisonnait : les meubles, disait-on, n'ayant pas généralement de situation fixe, il faut leur en assigner une au point de vue juridique et on admit que cette situation fictive serait le domicile du propriétaire ; de ceci il résulte qu'on appliquait la loi du domicile du défunt aux successions mobilières au même titre que la loi de la situation réelle s'appliquait aux immeubles. Par conséquent les deux successions rentraient dans le statut réel.

A côté de cette opinion, on en rencontre une autre soutenue par d'Argentré qui enseignait que la succession mobilière rentrait dans le statut personnel et qu'à ce titre elle devait être régie par la loi du domicile du défunt.

du pays où il est réputé avoir toujours conservé son domicile qui, dans la plupart des cas, sera son pays d'origine ; donc la loi applicable est la loi nationale du défunt.

Telle est la jurisprudence française en cette matière ; si nous avons cru devoir l'exposer, c'est que ce sont les mêmes idées qui dirigent la jurisprudence en matière de donations entre vifs ; et si les règles s'appliquent sans difficulté à la succession *ab intestat*, il n'en est plus de même quand l'étranger a voulu modifier l'attribution légale de son hérité en faisant dans ce but une donation entre vifs, une institution contractuelle, par exemple, comme dans l'arrêt précité.

La jurisprudence partant de cette idée, que les règles relatives à la capacité de disposer et de recevoir à titre gratuit étaient considérées dans l'ancien droit comme faisant partie du droit successoral et rentraient à ce titre dans le statut réel et que l'article 3 du Code civil a maintenu la théorie des statuts, arrive à cette conclusion que les solutions admises dans l'ancien droit doivent l'être aussi de nos jours. A cela, on ajoute que c'est à la loi réglant la dévolution ordinaire du patrimoine qu'il revient de déterminer les dérogations que l'homme y peut apporter (Cette opinion est soutenue aussi par M. Brocher, t. II, p. 20 et suiv.). Pour ces raisons, la jurisprudence applique aux donations la distinction entre les meubles et les immeubles, telle qu'elle l'admet pour la succession *ab intestat*. Quand il s'agit d'un acte de disposition passé par un étranger, si l'acte est régulier dans la forme (s'il a été passé conformément à la règle *locus regit actum*), on applique, pour décider s'il est valable quant au fond et peut produire effet, la loi qui régit la succession, Ainsi, supposons que la disposition porte sur des meubles ; comme la succession mobi-

lière d'un étranger est régie par sa loi nationale, c'est à celle-ci qu'il faut demander la réponse à la question de savoir si l'étranger a pu ou non disposer et de quelle manière ; si donc l'étranger est incapable de disposer d'après sa loi nationale au moyen d'une institution contractuelle, les tribunaux français tiendront pour non avenues les dispositions de cette nature, qui auraient pour objet des meubles situés en France. Mais si la donation porte sur des immeubles, alors c'est à la loi française qui régit la succession immobilière qu'il appartient de décider de la validité de la disposition ; dans l'hypothèse prévue plus haut, l'institution contractuelle vaudra en tant qu'elle porte sur des immeubles parce que la loi française autorise ce que prohibe la loi nationale du défunt. La Cour de cassation a affirmé nettement ce principe dans l'arrêt du 2 avril 1884 quand elle a dit que la transmission des biens immeubles, soit par voie de succession *ab intestat*, soit par voie d'institution contractuelle, était régie par le statut réel français et non par le statut personnel de l'étranger. Telles sont les règles qui dirigent la jurisprudence ; c'est dans le chapitre suivant que nous les discuterons.

§ 3. — De la présomption que l'institution contractuelle est faite subsidiairement en faveur des enfants à naître du mariage. — Loi compétente.

Nous avons vu que, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation en matière d'institution contractuelle, quels que soient la nationalité des intéressés et le lieu où l'acte de transmission a été passé, c'est toujours d'après la loi française que doivent être appréciées la valeur de cet acte et la légalité des stipulations qu'il contient, lorsque la disposition porte sur des immeubles situés en France ; on peut

done conclure sans hésiter que la formule employée par la Cour suprême conduit à écarter complètement l'application d'une loi étrangère.

En matière mobilière la Cour consacre, indirectement il est vrai, l'opinion que nous avons défendue, d'après laquelle la capacité de disposer par institution contractuelle dépend de la loi nationale du disposant ; la formule employée n'étant pas aussi absolue que la précédente, nous sommes en droit de penser que la Cour suprême n'a pas entendu dire que tout ce qui touche à l'institution contractuelle doit être régi par une loi unique, la loi nationale du disposant et qu'elle appliquerait, le cas échéant, une autre loi recommandée par les principes.

Nous devons donc examiner la question de savoir si, à côté de la loi nationale du disposant, il n'y aurait pas lieu de faire place à l'application d'une loi, celle qui serait choisie par les parties ? Evidemment oui.

Pour nous, l'institution contractuelle est un contrat, et sachant la part qu'il faut accorder à la volonté des parties dans tout contrat, nous ne pouvons pas affirmer à l'avance que l'institution contractuelle sera régie par une loi unique. Sur ce point nous n'avons qu'à suivre les principes que nous avons exposés à propos des donations entre vifs.

Ces principes étaient les suivants : Rentre dans le statut personnel du donateur, en dehors des lois de capacité, toute disposition ayant un caractère obligatoire et pour but social la protection du donateur ; au contraire, toutes les dispositions qui ont simplement pour objet d'interpréter la volonté des parties doivent rentrer dans le domaine de l'autonomie des parties et à ce titre être régies par la loi qu'elles ont choisie. Avant tout il faut donc examiner le

caractère de la disposition qui nous occupe, et ce n'est que lorsqu'on est arrivé à lui déterminer son but, qu'on peut se prononcer sur sa portée internationale.

Nous allons, maintenant, nous occuper du deuxième alinéa de l'article 1082 qui nous permettra de mieux mettre en lumière les principes admis. Voici la disposition : « Pareille donation [institution contractuelle], quoique faite au profit seulement des époux ou de l'un d'eux, sera toujours, dans ledit cas de survie du donateur, présumée faite au profit des enfants et descendants à naître du mariage ». Cette disposition établit donc une présomption légale d'après laquelle la donation des biens à venir, quoique faite seulement au profit des futurs époux, sera présumée, le cas échéant, faite au profit des descendants à naître du mariage.

Quel est le caractère de cette disposition ? C'est une loi interprétative basée sur la volonté probable du donateur ; en effet, en droit français, la donation de biens à venir n'étant permise qu'en faveur du mariage, il est probable que, dans l'intention du donateur, elle est destinée à assurer le bien-être de la famille que le mariage va fonder, non moins que celui des époux eux-mêmes. Cette extension de la donation des biens à venir aux enfants à naître du mariage, est toujours présumée, dit la loi ; mais cette présomption est-elle une présomption *juris et de jure*, c'est-à-dire une présomption contre laquelle la loi refuse toute preuve contraire ?

Presque tous les auteurs admettent que la présomption dont il s'agit doit tomber devant la manifestation d'une volonté contraire du donateur (1). Cela résulte d'abord

(1) Laurent, *Droit civil*, t. 15, n° 205 ; Demolombe, t. 23, n° 288 ;

des termes mêmes employés par la loi ; ensuite cette interprétation est corroborée par un argument qu'on peut tirer de la grande liberté laissée au donateur en cette matière. Le donateur peut affecter la donation de biens à venir faite par contrat de mariage de toutes sortes de conditions et de restrictions ; comment admettre alors que le législateur ne lui aurait pas permis, si telle est sa volonté, de limiter la liberté en faveur de l'époux donataire seulement. Ainsi, il résulte de tout ce qui vient d'être dit, que notre disposition est purement interprétative de la volonté du donateur ou mieux des parties contractantes.

Quelle est la portée de cette présomption en droit international privé ? Quelle loi doit la régir ? — M. Rolin (1), qui, autant que nous sachions, s'occupe seul de cette question, pense que c'est la loi successorale qu'il faut consulter pour savoir si le bénéfice de l'institution contractuelle doit être étendu aux enfants nés du mariage. « S'agissant, dit-il, d'institution contractuelle, c'est-à-dire d'une disposition ayant pour objet la succession future du donateur, il nous paraît rationnel d'admettre que cette présomption dépend de la loi qui régit cette succession. C'est à elle qu'il appartient d'en régler la disposition. Il importe peu qu'il s'agisse en dernière analyse de savoir quelle est la volonté du donateur. Il y a une loi qui présume cette volonté en l'absence de la manifestation solennelle d'une volonté contraire ; le problème se résout dans la détermination du champ d'application de cette loi. Il consiste à rechercher quel est le législateur qui a compétence pour interpréter la volonté muette, le silence du donateur, pour fixer limi-

Aubry et Rau, t. 8, p. 68, § 739 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, t. II, p. 828 ; Colmet de Santerre, t. IV, n° 255 bis.

· (1) Rolin, *Principes de droit intern. privé*, t. II, pp. 444 et 445.

tativement les effets de la donation, et d'une donation qui a pour objet une succession ou une part successorale. N'est-ce pas celui qui a compétence pour régler la dévolution de la succession ? C'est de lui que dépend le droit de disposer dans une mesure plus ou moins grande, soit à cause de mort, soit même entre vifs. N'a-t-il pas compétence pour déterminer même par une présomption les effets de la disposition ? » Nous croyons que c'est vraiment pousser trop loin l'assimilation des donations aux successions, que de faire rentrer une disposition interprétative de la volonté dans la compétence de la loi successorale. L'auteur paraît bien reconnaître qu'il s'agit d'une loi interprétative, mais il n'y attache pas une grande importance quand il s'agit de déterminer la loi applicable. Ce qui nous semble surtout critiquable dans cette opinion, c'est le fait de poser *a priori* la compétence exclusive d'une loi ; car alors même que M. Rolin donnerait compétence à la loi nationale du donateur, cette solution ne serait pas tout à fait conforme aux principes.

En effet, les principes enseignent que toutes les fois qu'il s'agit d'interpréter un contrat, pour savoir quelle loi il convient de consulter à cet égard, il faut chercher, d'après des indications tirées de la volonté des parties, la loi qu'elles ont choisie ; il n'y a donc pas de compétence exclusive en cette matière. La disposition de l'article 1082, alinéa 2, étant une loi facultative, nous la ferons dépendre de la loi choisie par les parties, car il n'y a pas de motifs pour en décider autrement. Ordinairement il arrivera que la loi choisie par les parties expressément ou tacitement sera la loi nationale du donateur, mais s'il résultait des circonstances de la cause que les parties avaient entendu régir leur contrat par une autre loi, par la *lex loci contractus* par

exemple, alors c'est à elle qu'il convient de demander si la donation des biens à venir est ou non présumée faite subsidiairement au profit des enfants à naître du mariage.

Un conflit pourrait naître en cette matière entre la loi française et la loi allemande. L'institution contractuelle existe en droit allemand avec une étendue beaucoup plus grande qu'en droit français ; en effet, elle peut intervenir entre toutes personnes et non pas seulement en faveur du mariage. Dans le Code allemand, on ne trouve pas la présomption que, lorsque l'institution contractuelle est faite par contrat de mariage, elle profitera, le cas échéant, aux enfants nés du mariage. Supposons maintenant, qu'un Français ait fait une institution contractuelle en Allemagne dans le contrat de mariage d'un futur époux allemand ; supposons, de plus, qu'il n'ait pas manifesté sa volonté sur la question de savoir si les enfants nés du mariage profiteront de sa libéralité. Cette institution contractuelle est valable, car il s'est conformé aux dispositions de sa loi nationale ; la question est hors de doute, mais on peut se demander quel sera son effet si le donateur a survécu au donataire, mais non à sa postérité. Les enfants du donataire se présentent devant les tribunaux français et invoquant la disposition de l'article 1082 alinéa 2, réclament le bénéfice de l'institution contractuelle ; les héritiers du donateur, au contraire, s'appuyant sur la loi allemande, qui par hypothèse régit le contrat de par la volonté des parties, en demandent la nullité. D'après M. Rolin, c'est la loi française qui est compétente du moment qu'elle régit la succession du Français ; d'après nous, c'est la loi allemande ; les tribunaux français devront donc débouter de leur demande les enfants du donataire.

M. Rolin, du moment qu'il a admis la compétence de la loi successorale, est amené à se demander si l'on doit tenir compte de la volonté contraire du donateur. L'auteur croit qu'il faudra en tenir compte, s'il a exprimé d'une façon formelle l'intention de repousser la présomption de la loi successorale, mais il n'admet pas que cette intention puisse résulter de la soumission du contrat à une loi qui repousse la présomption. Nous avouons ne pas comprendre pourquoi on tiendrait compte de la volonté expresse du donateur et non pas de sa volonté tacite, car il nous semble que lorsque le donateur a fait sienne la disposition d'une loi étrangère qui n'admet pas la présomption, son intention de limiter le bénéfice de l'institution contractuelle à l'époux donataire n'en ressort pas moins clairement. Du reste cette question ne se pose pas si l'on admet l'opinion que nous avons défendue.

§ 4. — De l'irrévocabilité de l'institution contractuelle et de la loi compétente en cas de conflit.

L'article 1083 s'exprime ainsi : « La donation, dans la forme portée au précédent article, sera irrévocable, en ce sens seulement que le donateur ne pourra plus disposer, à titre gratuit, des objets compris dans la donation, si ce n'est pour sommes modiques, à titre de récompense ou autrement. »

La loi défend donc en général à l'instituant de disposer à titre gratuit des biens compris dans l'institution ; mais elle lui reconnaît implicitement le droit d'aliéner à titre onéreux. L'instituant ne transmet aucun droit actuel sur les biens qu'il possède au moment de la donation, ni sur ceux dont il fera l'acquisition dans l'avenir ; il demeure donc propriétaire de tous les biens compris dans l'institu-

tion contractuelle, aussi conserve-t-il le droit d'en disposer à titre onéreux, comme il aurait pu en disposer à titre gratuit si le législateur n'en avait pas décidé autrement. Ainsi, la seule atteinte que l'institution contractuelle apporte aux droits de l'instituant, c'est l'interdiction de disposer à titre gratuit des biens compris dans l'institution.

Pour mieux nous rendre compte de la disposition de l'article 1083, il faut la rapprocher de celles des articles 947 et 1086 du Code civil. Le caractère distinctif de la donation est l'irrévocabilité qu'on exprimait dans l'ancien droit par l'adage « donner et retenir ne vaut » ; nous avons vu que le Code, qui ne reproduit pas l'adage, en consacre les conséquences dans les articles 943 à 946. La faveur dont la loi entoure le mariage a fait que le législateur s'est départi de sa sévérité pour les donations faites par contrat de mariage ; si on examine ces dispositions de faveur, on s'aperçoit que presque toutes sont des dérogations à la règle « donner et retenir ne vaut ». En effet l'article 947 nous dit que les articles 943 à 946 (qui contiennent des applications du principe de l'irrévocabilité) ne s'appliquent pas aux donations faites par contrat de mariage et les articles 1082 et 1086 ne font que développer les dispositions de l'article 947 : l'un permet la donation de biens à venir, l'autre permet au donateur d'insérer dans la donation toutes les conditions et toutes les clauses qui sont défendues dans les donations ordinaires comme contraires au principe de l'irrévocabilité. En somme cela revient à dire que les donations faites par contrat de mariage sont révocables dans les limites des clauses de l'acte de donation, clauses autorisées par la loi, mais le principe reste toujours que la donation est irrévocable. Pour la donation de biens à venir faite par contrat de mariage, le législateur

ajoute qu'elle est irrévocable dans le sens que le donateur ne peut plus disposer à titre gratuit, ce qui nous prouve que, même pour la donation de biens à venir où le donateur conserve la propriété des biens donnés, le principe reste toujours que la donation est irrévocable ; la donation ne peut être révoquée que dans les limites des clauses insérées, à la différence des donations que se font les époux pendant le mariage qui sont révocables au gré du donateur. De ce qui vient d'être dit il résulte, à notre avis, que la disposition de l'article 1083 n'est qu'une conséquence du principe de l'irrévocabilité des donations ; elle détermine dans quelles limites la donation de biens à venir peut être révoquée par le donateur. S'il en est ainsi, il nous sera facile de déterminer la portée de cette règle en droit international privé. Notre disposition étant une conséquence de la règle « donner et retenir ne vaut » doit rentrer sous la même compétence que le principe. La règle « donner et retenir ne vaut » étant une loi de protection individuelle dépend de la loi nationale du disposant, c'est donc aussi la loi nationale du disposant qu'il faut consulter pour savoir si le donateur a pu valablement disposer à titre gratuit, du moment qu'il a déjà disposé de tous ses biens au moyen d'une institution contractuelle (1). Un conflit pourrait naître sur cette question entre la loi allemande et la loi française, les dispositions de ces deux lois étant contradictoires. L'article 2286 du Code allemand ainsi conçu : « L'institution contractuelle ne porte pas atteinte au droit du disposant de disposer de ses biens par acte juridique entre vifs », permet au donateur de dispo-

(1) M. Rolin se prononce pour la compétence de la loi qui régit la succession, t. II, p. 446, n° 868.

ser à titre gratuit des biens compris dans l'institution contractuelle. Voici comment le conflit pourrait naître : un Français a disposé de ses biens à venir dans un contrat de mariage passé en Allemagne au profit d'époux allemands. Plus tard, le donateur a disposé de nouveau des biens situés en Allemagne. On se demande si ces donations postérieures sont valables. La solution variera suivant la loi que l'on déclarera compétente pour régir le rapport de droit en question. La loi allemande pourrait prétendre présider à la solution de la question à titre de loi choisie par les parties expressément ou tacitement (*lex loci contractus*) ; cette prétention serait justifiée si la disposition qui nous occupe avait un caractère facultatif comme la disposition de l'article 1082 2^e alinéa que nous avons examinée plus haut ; or, nous avons vu que l'article 1083 n'est pas une disposition interprétative de la volonté des parties, c'est une disposition obligatoire comme la règle « donner et retenir ne vaut », donc elle ne peut pas rentrer dans le domaine de l'autonomie de la volonté, et par conséquent le donateur ne peut pas invoquer la loi allemande pour se soustraire aux dispositions de la loi nationale.

Notre disposition, comme la règle « donner et retenir ne vaut » dont elle n'est qu'une conséquence, est une loi de protection individuelle rentrant dans le statut personnel du donateur. En conséquence, dans l'espèce que nous présentons, c'est la loi française qu'il faut consulter et comme elle ne permet pas au donateur de disposer à titre gratuit des objets compris dans l'institution contractuelle, toutes les donations postérieures sont nulles quel que soit le lieu du contrat, quel que soit le lieu où les biens donnés sont situés.

§ 5. — De la caducité de l'institution contractuelle. —
Loi compétente.

La cause de caducité qui doit d'abord fixer notre attention est celle édictée par l'article 1088 et qui est commune à toutes les donations faites en vue d'un mariage déterminé. Voici ce que dit l'article 1088 : « Toute donation faite en faveur du mariage sera caduque si le mariage ne s'ensuit pas ». D'après les auteurs, cette cause de caducité n'est pas une dérogation au droit commun, c'est une application des principes généraux qui régissent les contrats conditionnels. « La loi considère avec raison, dit M. Baudry-Lacantinerie (1), la donation faite en vue d'un mariage déterminé, comme tacitement subordonnée, dans l'intention du donateur, à la conclusion du mariage. Si donc cette condition vient à défaillir, la donation tombera : *deficiente conditione, deficit donatio*. »

En effet, quand quelqu'un fait une donation en vue du mariage, il est évident que c'est le mariage projeté qui est la cause déterminante de la donation ; si donc le mariage ne se réalise pas, la donation tombe, parce que la condition sous laquelle elle a été faite a défailli. Si l'on se place à ce point de vue, l'article 1888 apparaît comme une disposition interprétative de la volonté des parties et, à ce titre, elle devrait être régie par la loi que les parties ont choisie ; ce qui conduirait à dire que, pour savoir si l'institution contractuelle faite par un Français à l'étranger est caduque, il faudra consulter la loi que les parties ont adoptée pour régir leur contrat ; cette loi sera

(1) Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Donations et testaments*, t. II, p. 809.

souvent la loi française, car il est naturel de supposer que le donateur a entendu se soumettre à la loi qu'il connaissait le mieux, sa loi nationale ; mais ce pourrait être une autre loi, celle qui régira le contrat de mariage, par exemple.

Cette solution cependant ne nous semble pas tout à fait satisfaisante, car s'il est vrai que l'article 1088 est une disposition interprétative, nous ne devons pas oublier un autre ordre d'idées qui pourrait nous servir dans la détermination de la loi compétente. La loi permet au donateur de faire, par contrat de mariage seulement, des donations sous telles conditions que bon lui semble : elle lui donne en somme une liberté presque illimitée ; le législateur a levé les entraves du droit commun seulement pour favoriser le mariage, mais si le mariage en vue duquel la donation a été faite ne s'accomplit pas, il n'y a plus de motifs de maintenir une donation contraire au droit commun, c'est-à-dire à la règle « donner et retenir ne vaut » principalement. Si nous nous plaçons dans cet ordre d'idées, notre disposition n'apparaît plus seulement comme interprétative ; au contraire, comme toutes les dispositions ayant des attaches plus ou moins directes avec le principe de l'irrévocabilité des donations, elle est une loi obligatoire, qui doit rentrer dans la même compétence que le principe de l'irrévocabilité des donations, c'est-à-dire sous la loi nationale du donateur. En conséquence, l'institution contractuelle faite par un Français à l'étranger, qu'elle porte sur des immeubles situés en France ou à l'étranger, sera toujours caduque si le mariage en vue duquel elle a été faite ne s'accomplit pas. M. Rolin (1), qui

(1) Rolin, *op. cit.*, t. II, pp. 447 et 448.

s'occupe de cette question, se prononce pour la loi successorale, quoiqu'il insiste beaucoup sur la conditionnalité des donations faites en vue du mariage.

La solution doit être la même si le mariage une fois célébré était annulé plus tard, car le mariage nul, réserve faite du mariage putatif, est considéré comme n'ayant jamais existé; et c'est encore la loi nationale du donateur qu'il faudra consulter pour savoir si une donation faite en vue du mariage doit être maintenue, dans le cas où le mariage, bien que nul, conserverait, à raison de la bonne foi des époux, ses effets civils (1).

A côté de cette première cause de caducité, il y en a une autre édictée par l'article 1089. De cet article il résulte que l'institution contractuelle devient caduque si le donateur survit au donataire et à sa postérité. Le mot *postérité* dans notre article ne s'entend que des enfants issus du mariage en vue duquel la donation a été faite. Cette cause de caducité résulte de la nature même de l'institution contractuelle; en effet, l'institution contractuelle ne s'ouvre que par la mort de l'instituant; dès lors, pour que l'institué puisse recueillir le bénéfice de la libéralité, il faut qu'il existe au moment où elle s'ouvre. Bien qu'il ne semble pas probable qu'il y ait, dans les législations qui admettent l'institution contractuelle, des dispositions contradictoires sur ce point, pour ne pas laisser notre question sans réponse, nous croyons devoir dire que cette cause de caducité, comme la précédente, dépend de la loi nationale du donateur.

(1) Comp. tribunal civil Seine, 6 juin 1893, *Pandectes françaises*, V^e partie, pp. 34 et 35.

CHAPITRE VII

DES DONATIONS ENTRE ÉPOUX.

§ 1^{er}. — Notions historiques sur la prohibition des donations entre époux

Le droit romain, l'ancien droit français, le droit français actuel et beaucoup de législations modernes se sont préoccupés spécialement du régime des donations entre époux ; et comme presque toutes ces législations voient le mariage d'un œil favorable, on pourrait croire qu'elles n'ont réglementé les libéralités entre époux que pour lever en leur faveur les entraves plus ou moins rigoureuses dont elles auraient entouré le droit commun des dispositions à titre gratuit. En effet, quelle donation peut paraître plus légitime que celle par laquelle un époux gratifie son conjoint, soit pour lui témoigner son affection, soit pour lui assurer au cas de survie une position analogue à celle qu'il a eue de son vivant ; ces motifs, des plus louables, paraissent bien être de nature à inciter le législateur à favoriser autant que possible les moyens par lesquels les époux peuvent se témoigner leur affection.

Cependant ce ne sont pas ces raisons qui ont guidé les différents législateurs. Ceux-ci ont pensé avec raison qu'il arrivera souvent en fait que les donations entre époux ne soient pas inspirées par des motifs aussi louables. En effet, il n'est pas rare que, dans le mariage, l'époux plus fort prenne de l'ascendant sur l'époux plus faible, et dans ces

conditions n'y a-t-il pas lieu de craindre des intrigues, des sollicitations auxquelles l'époux plus faible ne pourra résister ; puis, le législateur ne devait-il pas se préoccuper des dangers de captation qu'engendre la vie commune ? Ces dernières raisons, qui s'inspirent du soin que le législateur prend de garantir aux époux leur liberté d'action, ont été d'un grand poids dans la réglementation du régime des donations entre époux.

Le droit romain avait prohibé les donations entre époux par crainte qu'elles ne soient le produit d'un entraînement ou d'une pression ; Ulpien nous dit que la prohibition de se donner entre époux a été introduite à cause des entraînements qui résultent d'une affection réciproque et aussi par crainte que l'époux généreux ne fût victime de calculs égoïstes de l'autre. Cette règle sévère ne s'appliquait d'ailleurs que s'il y avait véritablement donation entre époux ; aussi ne frappait-elle que les personnes unies par les liens d'un véritable mariage ; les concubins, les personnes dont le mariage est nul par suite d'un empêchement légal, restaient en dehors de la prohibition, laquelle ne concernait pas non plus les donations entre fiancés. Mais les époux pouvaient disposer par testament ou par donation à cause de mort, car pareilles dispositions n'ont effet qu'à la dissolution du mariage et sont révocables au gré du donateur.

La sanction la plus énergique assurait le respect de la prohibition de se donner entre époux ; partant de cette idée que la donation n'était pas le résultat de la volonté libre du donateur, on présumait qu'il y avait absence totale de volonté ; aussi, le droit romain considérait-il l'acte juridique comme inexistant et, si la donation avait été suivie de dation, la propriété n'était pas transférée. Tel

fut l'état de la législation jusque vers la fin du règne de Septime Sévère (an 206 de notre ère), époque à laquelle le Sénat rendit un sénatus-consulte sur la proposition de Caracalla (*oratio Antonini*). Ce sénatus-consulte ne supprima pas la nullité des donations entre époux, mais il décida qu'elles deviendraient valables si le conjoint donateur mourait dans le mariage sans avoir révoqué la donation ; la nullité ne devenait donc définitive que par la révocation de la donation ou le prédécès du donataire (1). Cette donation présentait une grande analogie avec la donation à cause de mort ; aussi admettait-on, en vertu d'une fiction, que la donation non révoquée était une donation à cause de mort, permise entre époux et la déclarait-on valable à ce titre.

Si, maintenant, on passe à l'ancien droit français, on remarque qu'en cette matière il régnait la plus grande diversité.

Les règles du droit romain furent conservées dans les pays de droit écrit ; ainsi les coutumes du Poitou et de la Touraine admettaient entre époux non seulement les donations testamentaires, mais même les donations entre vifs confirmées par le prédécès du donateur.

Dans les pays de coutumes, au contraire, les règles variaient d'une coutume à l'autre ; on peut cependant affirmer que le droit commun coutumier s'en tenait à la prohibition des donations entre époux.

Les coutumes de Paris (2), de Bretagne et d'Orléans

(1) Le système admis en droit romain est l'opposé de celui du Code civil (article 1096) aux termes duquel la donation entre époux est valable, mais révocable à volonté.

(2) La coutume de Paris défendait aux époux de se faire l'un à l'autre pendant le mariage aucun avantage directement ou indirectement

défendaient, d'une manière absolue, les dispositions entre époux, qu'elles fussent faites par donation entre vifs ou par testament, directement ou indirectement ; on admettait cependant une exception pour le don mutuel de l'usufruit des biens de la communauté lorsqu'il n'y avait pas d'enfants.

D'autres coutumes (Chartres, Nantes), en outre du don mutuel, permettaient les donations testamentaires en principe ; mais dans le détail elles présentaient de grandes différences ; certaines autorisaient les donations testamentaires, qu'il y eût ou non des enfants ; d'autres exigeaient qu'il n'y eût pas d'enfants ; on rencontre des différences de même nature quant aux choses qu'on peut donner.

Enfin, d'autres coutumes, telles que celles d'Angoumois, de Monfort, autorisaient les donations entre vifs irrévocables, avec des restrictions quant à la nature et à la quotité des biens, s'il y avait des enfants. La coutume d'Auvergne (ch. XIV, art. 28) permettait au mari de donner entre vifs à son épouse la totalité de ses biens, mais défendait à la femme toute disposition en faveur de son époux. La coutume de Normandie prohibait tout avantage entre époux, même le don mutuel.

Le droit intermédiaire supprima la prohibition de se donner entre époux consacrée par l'ancien droit français ; la loi du 17 nivôse de l'an II autorisa les donations entre époux et les déclara irrévocables, si elles étaient faites par acte entre vifs.

(article 282), sinon par don mutuel. La donation que l'un des conjoints faisait à l'autre ne pouvait être rendue valable par le consentement dans l'acte des héritiers présomptifs du donateur.

§ 2. — Des donations entre époux dans le Code civil français.
— Principe de révocabilité. — Aperçu des dispositions de quelques lois étrangères.

Les auteurs du Code civil ne se sont ralliés ni au système du droit coutumier ni à celui du droit intermédiaire ; le premier, en défendant les donations entre époux, ne respectait pas le droit du propriétaire de disposer de ses biens comme il l'entend ; et si l'autre assurait ce droit, il ne se préoccupait pas de protéger l'époux donateur contre des entraînements faciles, contre sa propre faiblesse. Le législateur de 1804 a cru arriver à la solution du problème en s'arrêtant à une solution intermédiaire ; il autorise les donations entre époux pendant le mariage, mais dispose que ces donations seront toujours révocables.

C'est l'article 1096, 1^{er} et 2^e alinéas du Code civil qui contient le principe de la révocabilité : « Toutes donations faites entre époux pendant le mariage, quoique qualifiées entre vifs, seront toujours révocables. La révocation pourra être faite par la femme, sans y être autorisée par le mari, ni par justice. » Cette disposition était indispensable, puisque la faculté qu'elle laissait à l'époux donateur est en contradiction avec la règle « donner et retenir ne vaut » admise dans la nouvelle législation comme dans l'ancienne.

En accordant au conjoint le droit de révocation, le législateur a voulu que le donateur fût seul juge de la conduite de l'époux donataire : aussi est-ce à lui seul qu'appartient l'exercice de cette faculté (1) ; ses créanciers et ses

(1) Le donateur n'a pas à indiquer les motifs qui le poussent à révoquer la donation.

héritiers en sont exclus. Le droit de révocation s'éteint seulement par le décès de l'époux donateur, celui-ci peut donc l'exercer après la mort de l'époux donataire. La révocabilité atteint les avantages indirects et les dons manuels comme les donations proprement dites.

Les auteurs s'accordent à reconnaître, et c'est un point qu'il importe de retenir, que le principe de la révocabilité des donations entre époux est d'ordre public, en ce sens, que le donateur ne saurait y renoncer valablement, ni en restreindre la portée (1) ; aussi faut-il annuler toute clause par laquelle l'époux donateur renoncerait à son droit de révocation, ou qui aurait pour résultat d'entraver l'exercice de ce droit.

Le système du droit français n'a pas été adopté par toutes les législations européennes ; il a passé toutefois dans certaines, notamment la Belgique, le Portugal, la Grèce et la Roumanie.

D'autres législations prohibent les donations entre conjoints d'une manière absolue ; nous devons citer d'abord les législations italienne (art. 1504, C. civ. ital.) et espagnole (art. 1334, C. civ. espagnol) qui, bien que s'inspirant du Code civil français, n'ont pas admis son système sur ce point ; encore la Hollande, certains cantons de la Suisse (Tessin, Vaud et Fribourg) et la législation anglaise (2) : en principe du moins, car d'après le droit strict, le mari et la femme ne formant qu'une seule personne, ne peuvent rien se donner ; on admet cependant, en pratique, la possibilité

(1) V. Troplong, t. IV, n° 2663 ; Aubry et Rau, VIII, p. 116, § 744 ; Demolombe, *Donations*, VI, n° 477 ; Laurent, t. XV, n° 334. — Dijon, 7 mars 1866, S. 66.2.314 ; Toulouse, 20 mai 1886, S. 86.2.238.

(2) Ernest Lehr, *Droit civil anglais*, n° 186.

de certaines donations entre époux ; les États-Unis d'Amérique autorisent les donations entre époux.

Enfin certaines législations n'ont pas établi de régime spécial pour des donations entre époux, lesquelles restent soumises au droit commun. En Autriche (art. 1246) et en Russie (1), les donations entre époux sont régies par les mêmes règles que celles entre personnes étrangères l'une à l'autre. Le nouveau Code civil allemand (2), promulgué le 18 août 1896 et exécutoire à partir du 1^{er} janvier 1900, ne dit rien des donations entre époux ; elles sont par conséquent valables et soumises au même régime que les donations ordinaires.

Les donations entre époux étant d'une part, de beaucoup plus fréquentes dans la pratique et d'autre part, les relations internationales se développant de plus en plus, il n'est pas étonnant que, en présence de la grande variété des législations modernes, de nombreux conflits de lois naissent en cette matière ; aussi la question de savoir quelle portée on doit assigner, en droit international privé, aux lois relatives aux donations entre époux, préoccupe beaucoup les auteurs modernes ; presque tous se prononcent sur la nature du statut des donations entre époux, tandis que, pour la donation ordinaire, la plupart n'en parlent point ou se contentent de brèves explications. Pour l'ancien droit, cette remarque est tout aussi juste ; les anciens statutaires ne se sont préoccupés que de la détermination de la nature du statut qui permet ou qui défend les libéralités entre époux ; ce n'est que bien rarement qu'on les voit s'occuper de la capacité de donner entre vifs en gé-

(1) E. Lehr, *Eléments de droit civil russe*, t. II, p. 435.

(2) Le Code civil allemand, traduction de M. Raoul de la Grasserie.

néral, et s'ils le font, c'est presque toujours incidemment.

§ 3. — **Opinions émises par les anciens auteurs sur la nature du statut qui permet ou défend les donations entre époux.**

Comme nous venons de le dire, les anciens statutaires se sont beaucoup occupés des donations entre époux ; cela tenait sans doute aux dispositions contradictoires des coutumes en cette matière qui rendaient les conflits très fréquents. La question que se posaient les anciens auteurs était de savoir quelle coutume il convenait d'appliquer au cas de désaccord entre la loi de la situation des biens et celle du domicile des conjoints qui régissait leur statut personnel ; mais dans leurs solutions, ils étaient loin d'être unanimes. Le droit commun coutumier, nous l'avons vu, s'en tenait à la prohibition des donations entre époux ; aussi les statutaires se sont naturellement demandé quelle était la nature de cette prohibition : les uns, s'appuyant sur les raisons données par les jurisconsultes romains, considéraient que la prohibition était édictée surtout à cause du mariage, en conséquence, ils la faisaient rentrer dans le statut personnel des époux ; les autres, voyant en cette prohibition une mesure destinée à assurer la conservation des biens dans les familles, principe qui jouait un rôle important dans l'ancien droit coutumier, la rangeaient dans le statut réel.

La question a été posée dès le commencement par les juristes de la doctrine italienne ; Bartole (1) et Balde s'en occupent mais ils sont d'avis contraires. Bartole, en ce qui

(1) V. A. Lainé, *Introduction au droit international privé*, t. I, p. 146 et suiv. et p. 171 et suiv.

concerne les incapacités qui atteignent la personne, faisait une distinction entre les incapacités qu'il appelle favorables et celles qu'il qualifie d'odieuses ; les unes, inspirées par des vues de protection, s'imposent aux citoyens en quelque lieu qu'ils se trouvent, les autres, procédant d'une rigueur injuste, se restreignent au territoire où elles sont en vigueur. Bartole considère la prohibition qui défend aux époux de se faire des libéralités comme favorable, car elle empêche que l'un des époux abuse de l'affection de l'autre pour le dépouiller. Un pareil statut doit suivre la personne partout où elle va. Balde, le disciple de Bartole, se demande si le statut qui défend à la femme de faire une libéralité à son mari s'étend aux biens situés hors du territoire ? Il répond que non, car, à son avis, ce statut est odieux, puisqu'il enlève à la femme la libre disposition de ses biens. Ainsi Bartole (1) se prononçait pour la personnalité du statut, Balde pour la réalité.

Ces deux jurisconsultes sont devenus, ainsi que nous

(1) La distinction de Bartole a été beaucoup critiquée, ainsi que nous le verrons, par d'Argentré et il paraît évident qu'elle ne peut pas servir à trancher utilement les conflits des lois. M. Lainé, dans son savant ouvrage, nous montre cependant d'une façon très claire que les critiques qu'on a adressées à cette opinion sont peut-être excessives. « Il serait excessif, dit M. Lainé, de condamner cette idée d'une manière absolue. A quoi servait-elle ? A étendre l'application des statuts, lorsque la justice paraissait le commander, à ne pas l'étendre dans le cas contraire. Or, c'est bien là le principe dirigeant de tout légiste qui se demande au sujet de telle ou telle disposition de la loi, si elle doit ou non avoir un effet extra-territorial. Le véritable défaut de cette distinction était de porter sur le mérite des dispositions législatives, tandis qu'il eût fallu s'en prendre à leur objet ; les légistes italiens auraient dû, non pas examiner la légitimité de chaque statut, mais en considérer la nature ; car ils se proposaient, ici, non de solliciter la réforme des mauvaises lois, mais de régler le conflit des lois, bonnes ou mauvaises » (Lainé, *op. cit.*, t. I, pp. 147 et 148).

dit Bouhier (1), les chefs de deux écoles différentes : « Bartole est le chef de tous ceux qui ont tenu pour la personnalité de ces lois (lois qui prohibaient les dispositions entre époux). En quoi il a été suivi, non seulement de plusieurs docteurs ultra-montains, mais encore par divers autres, soit étrangers, soit français, parmi lesquels sont : Tiraqueau, Coquille, Ricard. Balde, au contraire, accoutumé à contredire Bartole, s'est déclaré pour la réalité de ces lois et a un grand nombre de partisans. Il a même réuni sur ce point les suffrages de Dumoulin et d'Argentré ; et leur autorité a entraîné non seulement les auteurs modernes (Froland, Boullenois), mais encore la jurisprudence de nos parlements. »

La doctrine italienne fut continuée en France par des juristes tels que Tiraqueau, Chasseneuz et par le célèbre Dumoulin ; mais la territorialité du droit est plus accentuée sous l'influence du principe féodal de la territorialité absolue des coutumes.

Relativement à la prohibition des donations entre époux, Tiraqueau et Chasseneuz se prononcent pour la personnalité. Chasseneuz paraît hésiter sur la question quand il examine l'article 26 de la coutume de Bourgogne qui prohibait les donations entre vifs et testamentaires entre époux, si ce n'est du consentement de leurs proches parents ; mais à la fin de son commentaire sur cet article, il se prononce en faveur de la personnalité de ce statut, car il décide que deux conjoints bourguignons, qui ont des biens en pays de droit écrit, ne peuvent pas se les donner ; les raisons qu'il fournit sont celles de Bartole : le

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, ch. XXVII, articles 37, 38 et 39, p. 541.

statut doit être étendu hors du territoire, car il est favorable et conçu *in personam*.

Dumoulin (1) part du principe que toutes les coutumes sont réelles, mais il apporte des exceptions à ce principe et admet, comme Bartole, le statut personnel à côté du statut réel. Mais il rejette le critérium de Bartole (le statut est personnel s'il commence à parler de la personne ; il est réel, au contraire, s'il parle d'abord des biens) pour la raison qu'il est purement verbal ; il préfère s'attacher à l'objet de chaque statut. Si le statut concerne les biens, il est réel et s'applique à tous les biens situés sur le territoire de la coutume ; mais si le statut concerne uniquement la personne, *agit in personam*, alors il est personnel et suit partout la personne. Cette doctrine conduisait à des conflits incessants entre le statut personnel et le statut réel, car la plupart des dispositions coutumières touchaient en même temps aux personnes et aux biens ; en effet, si la loi ou la coutume règle l'état et la capacité des personnes, c'est surtout en vue de leurs biens. Sur ce point les solutions données par Dumoulin étaient contradictoires.

Ainsi, il admet la personnalité du statut, qui, en écartant un empêchement personnel, laisse à la personne sa liberté d'action et en conséquence il décide qu'elle pourra invoquer sa capacité partout, même pour les biens situés dans le ressort d'une coutume qui contient une disposi-

(1) La principale division de Dumoulin consiste à séparer les statuts qui règlent la forme des actes des statuts qui portent sur le fond du droit, puis il subdivise ces derniers en deux : les statuts où la volonté des parties joue un certain rôle et les statuts qui dépendent de la loi ; ce n'est qu'à l'égard de ces derniers qu'il applique la distinction des statuts réels et personnels. — V. Lainé, *op. cit.*, t. I, p. 227.

tion contraire. Le statut qui donne au fils de famille la capacité de faire son testament est personnel, parce qu'il supprime une incapacité. Au contraire il se prononce pour la réalité du statut qui déclare une personne incapable de contracter ou de disposer ; selon lui, un pareil statut ne suit pas la personne et reste sans application quant aux biens situés sous une coutume qui déclare la même personne capable de disposer. Voici l'espèce sur laquelle il s'est prononcé : un mineur de 25 ans ne peut pas contracter sans le consentement de ses proches et l'autorisation du juge ; suivant Dumoulin, ce statut est réel et le mineur sera capable de contracter relativement aux biens situés sur le territoire d'une coutume qui ne restreint pas la capacité du mineur. Ce statut est réel parce qu'il crée une incapacité. C'est pour la même raison qu'il décide que le statut qui défend au mari de faire un legs à sa femme ou à la femme de faire un legs à son mari ne doit pas s'étendre en dehors du territoire de la coutume, car il n'est pas conforme au droit commun et il ne supprime pas un empêchement personnel ; mais il est d'avis que le statut prohibitif des legs entre époux s'applique aux étrangers relativement aux biens situés dans le territoire. Cependant Dumoulin se prononce pour la personnalité des dispositions relatives au don mutuel, mais ici il fait intervenir la volonté des parties contractantes.

D'Argentré, le jurisconsulte le plus marquant de l'école française du XVI^e siècle, se prononce pour la réalité du statut qui défend les libérés entre époux. D'Argentré se sépare de l'école italienne dès le principe, en substituant une distinction unique aux nombreuses divisions et subdivisions de la doctrine italienne ; cette distinction comprend deux termes : les statuts réels et les statuts personnels.

« On ne doit plus désormais, dit M. Lainé (1), chercher laborieusement les solutions rationnelles que comportent les diverses matières juridiques ; on ne doit plus faire de distinctions entre la procédure et le fond du droit, entre les contrats, les délits, les testaments, les successions, les personnes et les choses, entre la capacité des parties, les formes, la substance et l'exécution des actes ; toutes ces divisions et subdivisions qui, durant trois siècles, ont été dans cet ordre d'idées la base des études, le principe des recherches, sont condamnées comme subtilités vaines et stériles. Cependant, si, parmi les règles proposées par l'école italienne, il en est qui soient reçues dans la pratique et passées en jurisprudence, elle seront maintenues. »

Le premier principe posé par d'Argentré est que les lois sont, en général, strictement et absolument territoriales ; toute coutume est souveraine dans l'étendue de son territoire, dit le jurisconsulte breton, en présentant sous une autre forme l'adage : les coutumes sont réelles. Dire que les coutumes sont réelles parce qu'elles sont souveraines, c'était reconnaître que tous les statuts sont réels et par cela même nier l'existence des statuts personnels. Mais, ainsi que le montre le passage précité de M. Lainé, d'Argentré n'est pas allé jusque-là ; du reste, il était bien difficile de nier l'existence du statut personnel, qui personnifiait pour ainsi dire la doctrine italienne et qui de plus avait pour lui une longue tradition ; aussi d'Argentré admet-il l'existence du statut personnel à côté du statut réel, mais il le considère comme une exception au principe de la territorialité des coutumes ; c'est pourquoi il restreint singulièrement la portée du statut personnel.

(1) Lainé, *op. cit.*, t. I, pp. 315 et 316.

Les jurisconsultes de l'école italienne entendaient par statut personnel celui qui règle l'état d'une personne, la capacité ou l'incapacité qui en résulte, sans distinguer si l'état est universel ou particulier, si la capacité et l'incapacité sont générales ou spéciales ; pour eux, dès qu'un statut concernait l'état et la capacité de la personne, il était personnel. D'Argentré (1) critique cette doctrine et estime que les statuts personnels ont une trop grande part dans la doctrine italienne. Voici ce qu'il dit : « Les docteurs scolastiques sont tombés dans une autre erreur lorsqu'ils ont déterminé les statuts réels et les statuts personnels ; ils n'ont pas distingué les statuts qui créent des aptitudes ou des incapacités particulières de ceux qui organisent une capacité ou une incapacité générale. Mais nous, à l'encontre de leur manière de voir, nous nions que la personne soit affectée si le statut ne dispose pas au sujet de son état général ; une disposition qui, pour une cause spéciale, ne crée qu'un empêchement limité, uniquement relatif à tel ou tel acte, ne saurait avoir d'effet que dans le lieu où elle a été établie. » Il fait une application des principes qu'il pose relativement au statut qui porte que le mari ne peut faire de libéralités à sa femme ou qu'il ne peut donner les conquêts pendant le mariage. Bartole décidait que pareil statut était personnel et suivait la personne hors du territoire. « Il est vrai, dit d'Argentré (2), que la personne figure dans le statut, puisque la loi lui défend de donner ou de léguer, mais il ne s'ensuit pas que le statut est personnel. Cette prohibition n'affecte pas l'état général du mari et on ne peut même

(1) D'Argentré, *De statutis personalibus et realibus*, n° 14.

(2) D'Argentré, *Commentaire*, p. 678 et suiv.

pas dire qu'elle concerne sa capacité. Le statut a en vue les biens plutôt que la personne, les droits des héritiers sur les immeubles ou les droits de la femme sur les acquêts ; la défense de donner n'a donc pour objet que de conserver les biens dans les familles et du moment qu'elle concerne les biens, son application doit être limitée au territoire de la coutume. » Ce n'est pas seulement par cette distinction entre la capacité générale et la capacité spéciale que d'Argentré est arrivé à restreindre le statut personnel. Il remarque que beaucoup de dispositions touchent à la fois aux personnes et aux choses, il en fait une classe à part : les statuts mixtes. Dans ces statuts, dit-il, la considération des personnes est secondaire, c'est la chose qui est principalement considérée, il faut donc donner compétence au statut du lieu où l'immeuble est situé. Les statuts personnels où se mêlent les choses se transforment en statuts réels. Cette solution est logique dans le système de d'Argentré, car, en déclarant réels les statuts mixtes, il restreignait leur application dans le territoire de la coutume conformément au principe de la réalité des coutumes. Ainsi, il considère comme mixte et par conséquent comme réel le statut qui règle la capacité d'aliéner quant aux immeubles, celui qui défend aux époux de se faire des donations d'immeubles pendant le mariage, celui qui défend à la femme de léguer ses immeubles à son mari ; mais s'il s'agissait de meubles le statut serait personnel. Le système de d'Argentré (1) ne laisse donc

(1) La doctrine de d'Argentré eut une grande influence sur les juristes de l'école hollandaise ; aussi se prononcent-ils tous pour la réalité du statut des donations entre époux. Bourgoigne ne considère comme personnelles que les dispositions qui ont pour objet l'état des personnes et la capacité de s'obliger ; toute loi, au contraire, qui règle à un point

qu'une place minime aux statuts personnels ; pour qu'un statut soit personnel il faut d'abord qu'il ne touche pas aux immeubles et de plus qu'il ne s'occupe que de la capacité générale de la personne, non pas d'une capacité spéciale.

Guy Coquille, contemporain de d'Argentré, penche en faveur de la personnalité. Il n'accepte pas comme un principe intangible la maxime que toutes les coutumes sont réelles ; il enseigne que, pour déterminer la nature d'un statut, il faut surtout s'attacher à l'intention probable du législateur. « Si la coutume concerne directement l'avantage, l'honneur, la réputation des personnes, on doit admettre qu'elle lie les personnes, de sorte que si la coutume défend de disposer, ceux qui sont domiciliés dans cette coutume ne pourront disposer de leurs biens sous une autre coutume, bien que celle-ci ne contint pas cette défense, car la coutume lie la volonté de ceux qui lui sont assujet-

de vue quelconque l'aliénation ou l'acquisition des immeubles est réelle. Paul Voët donne du statut personnel la même définition que d'Argentré. Il se demande quelle est la nature du statut qui prohibe les donations entre époux. Il répond que ce statut est réel parce qu'il ne dispose pas de l'état universel des époux ; il leur défend seulement de se faire des libéralités, ce qui a rapport aux biens plutôt qu'à la personne. Jean Voët, en théorie du moins, élargit le statut personnel, car il enseigne que les lois relatives à l'état universel de la personne, sont personnelles, alors même qu'elles toucheraient indirectement aux biens ; en pratique il réalise tous les statuts qui prêtaient à discussion. Il se prononce pour la réalité du statut qui prohibe les donations entre époux, parce qu'il n'y a rien qui ait rapport à l'habileté ou à la qualité de la personne ; un pareil statut, bien qu'il fasse mention des personnes, a pour objet principal de régler la condition des biens et c'est pourquoi il est réel. Jean Voët est le fondateur de la doctrine de la courtoisie internationale, *comitas gentium*.

(1) Coquille, *Questions et réponses sur les articles de coutumes de France*, n° 227. V. aussi les n°s 13 et 27.

tis : ils ne peuvent pas vouloir autre chose que ce que veut la loi. En effet, disposer est un acte de volonté ; la disposition prend donc sa source essentielle dans la volonté du disposant, et si cette volonté est en interdiction, elle ne pourra produire aucun effet en un lieu non plus qu'en un autre. » On voit quelle grande part faisait Coquille aux statuts personnels ; et ce n'est qu'autant que le statut ne concernait pas directement l'intérêt des personnes que Coquille le déclarait réel.

Coquille fait une application spéciale de ce principe au statut des donations entre époux, qui nous intéresse particulièrement, car il se prononce nettement pour la personnalité.

La question était celle-ci : un individu domicilié dans le Nivernais peut-il, conformément à la coutume de son domicile, donner à sa femme, en toute propriété, par don mutuel, les conquêts situés dans la coutume de Paris, laquelle n'autorise une semblable disposition que pour l'usufruit seulement et à condition qu'il n'y ait pas d'enfants ? Coquille (1) se demande quelle est l'intention de la loi et voici ce qu'il dit : « Il est à croire que les coutumes qui permettent par don mutuel de donner seulement l'usufruit, ont eu égard à la raison mise par le droit romain, que l'amitié d'entre mari et femme doit être au cœur et doit être entretenue par honneur sans la faire vénale. Et toutefois, quand le mariage est dissous sans enfants, ont estimé raisonnable que le survivant ait moyen honnête de s'entretenir et se ressente du labeur et soin que les deux mariés ont pris ensemble durant leur mariage pour acquérir et conserver des biens. Pour quoi, en tempérant la

(1) Coquille, *Questions*, nos 135 et 136.

rigueur de la loi prohibitive, la loi a permis la donation d'usufruit seulement. Et si cette raison est considérée, elle se trouvera purement en faveur des personnes, et partant il faut dire que les volontés des mariés doivent être réglées selon la loi du lieu ou du domicile d'icelles personnes. » Coquille va plus loin et affirme qu'en général, les dispositions qui permettent ou prohibent les donations entre époux regardent l'honneur et l'intérêt des personnes mariées.

Mais l'opinion dominante était pour la réalité de la disposition de la coutume de Paris, pour le motif que la coutume, en défendant ou en limitant les donations entre époux, avait voulu conserver les biens dans la famille du premier décédé ; Coquille ne s'arrête pas à cette considération, car, dit-il, ce qui prouve que la coutume n'a pas en vue l'intérêt exclusif des héritiers, c'est qu'elle permet au testateur de donner à un étranger la propriété de ses meubles et acquêts ; donc la coutume n'a pas entendu affecter les acquêts au lignage, et elle les laisse en la pleine liberté des époux ; elle pourvoit d'une autre façon au lignage en prohibant la donation par testament des $\frac{4}{5}$ de l'héritage propre et en les affectant au lignage. L'opinion de Coquille sur la personnalité du statut des donations entre époux, ne fut pas très suivie ; cependant, au XVIII^e siècle, nous trouvons deux jurisconsultes, Bouhier et Ricard, qui épousent sa façon de voir.

Les jurisconsultes français du XVIII^e siècle semblent avoir voulu élargir le domaine des lois personnelles et restreindre celui des lois territoriales ; mais si cette tendance leur était commune, les solutions qu'ils donnent ne sont pas toujours concordantes.

Boullenois (Louis) dans son ouvrage intitulé : « Ques-

tions sur les démissions des biens » s'occupe, à la sixième question, du statut des donations entre époux. Voici encore un statut, dit-il, sur la nature duquel tout le monde ne convient pas : le mari et la femme ne peuvent disposer au profit l'un de l'autre par donation entre vifs ou par testament.

Il rappelle que plusieurs auteurs se sont prononcés pour la réalité de ce statut ; il dit que le statut prohibitif de se donner entre mari et femme est regardé comme réel, parce que le statut n'établit entre les conjoints qu'une incapacité particulière, qui ne les affecte pas personnellement, mais qui n'a en vue que la conservation des biens, ainsi que le statut, qui défend de tester des quatre quints des propres, n'a en vue que la conservation des propres.

Pour justifier son opinion, il distingue les statuts qui prononcent l'incapacité (1). « J'ai dit tout présentement que l'effet du statut personnel était que la personne portait partout sa capacité ou incapacité et cela est vrai indistinctement et pour tous les cas quant à l'incapacité ; parce que cette incapacité étant une négation de puissance qui affecte la personne et vient de son état, il est impossible qu'on ne porte pas cette impuissance partout où on porte sa personne ; mais il n'en est pas de même à l'égard de la capacité, quoiqu'elle affecte la personne, elle ne porte pas toujours partout. » Un peu plus loin, après nous avoir dit que le statut personnel négatif, en tant qu'il emporte une négation de puissance, est supposé affecter la personne et doit la suivre partout, il tâche de nous montrer pourquoi le statut de capacité ne la suit pas partout. « Il faut, dit-il, distinguer entre la capacité qui forme l'état et la condi-

(1) Boullenois, *Questions*, VI, p. 123.

tion d'un homme et les différentes applications de cette capacité ; par exemple ce statut : l'homme majeur et *sui juris* forme l'état et la condition du majeur ; donc cet homme peut disposer de ses biens, les vendre les aliéner à sa volonté. Voilà l'application de cette capacité.

« Mais quant à l'application de cette capacité, elle peut être quelquefois gênée et restreinte dans certaines coutumes par des dispositions contraires. Pour connaître quand cette capacité peut être gênée et quand elle ne peut pas l'être, il faut, entre les coutumes qui s'opposent à l'exercice et à l'application de cette capacité, distinguer celles qui s'y opposent par la suite et par la conséquence d'un statut qui met dans la personne une incapacité générale et personnelle et celles qui ne prononcent qu'une incapacité purement relative aux biens. » Dans le premier cas, le statut réel (de la situation des biens) n'édicte qu'une incapacité purement personnelle ne saurait prévaloir contre celui du domicile qui prononce une capacité ; dans le second, quand la coutume ne prononce qu'une incapacité relative aux biens, alors la capacité que donne le statut du domicile doit échouer contre le statut réel. « Mon système, dit Boullenois, est donc que, quand un statut dispose des biens par la suite et la conséquence de la capacité ou incapacité personnelle prononcée par un autre statut, ce statut, quoique disposant des biens, doit être regardé comme personnel et doit prévaloir à tout autre statut personnel de la situation des biens. »

Dans son dernier ouvrage intitulé : « *Traité de la personnalité et de la réalité des lois, coutumes ou statuts* », Boullenois pose, à l'observation XXXV^e, p. 94 et suiv., la question suivante : Quelle est la loi qui décide singulièrement si l'homme peut ou ne peut pas donner en parti-

culier ? Il commence par nous dire que Froland pose comme principe, que, lorsqu'il s'agit d'une disposition à titre gratuit, la capacité de donner se règle par la loi du domicile de la personne. Boullenois trouve ce principe indubitable quand il s'agit de capacité ou d'incapacité d'état et de condition ; dans ce cas il faut consulter la loi du domicile. « Mais quand on parle singulièrement du pouvoir ou du non-pouvoir de donner, on parle d'un acte particulier et restreint à l'acte de donation et pour lors, la question réduite dans ce point de vue, on présuppose dans la personne une capacité d'état et de condition et tout le doute tombe sur la capacité ou incapacité particulière de donner.

« Je dis donc que la capacité de donner peut être envisagée : 1° par rapport à la capacité générale et d'état de faire tous les actes de la société civile du nombre desquels est la donation ; 2° par rapport à la capacité particulière et déterminée à l'acte de donation au profit de certaines personnes. — Quant à la capacité générale d'état et de condition, elle se prend de la loi du domicile, proposition incontestable. — Quant à la capacité particulière de donner à telles et telles personnes telles et telles choses, sous telles et telles conditions, je dis, en supposant que la personne ait la capacité d'état, que cette capacité particulière se prend communément de la loi de la situation ; seconde proposition incontestable. » Ainsi Boullenois admet l'opinion soutenue par la plupart des anciens auteurs d'après laquelle les lois qui permettent ou qui défendent de donner sont de statut réel ; les dispositions de cette nature ne troublent pas l'état de la personne et n'affectent que les biens, car elles concernent principalement la conservation des biens dans les familles ; il en conclut qu'elles

doivent être renfermées dans l'étendue du territoire de la coutume qui les contient, et que toute disposition contraire d'une coutume étrangère ne peut pas prévaloir contre elle.

Froland, qui vivait dans la première moitié du XVIII^e siècle, se prononce aussi pour la réalité du statut des donations entre époux. La coutume de Bourgogne prohibait en principe les donations et les contrats entre époux ; mais elle les autorisait si les époux contractaient avec le consentement des proches parents vivants et de plus elle leur permettait de se réserver par contrat de mariage la liberté de s'avantager. Froland examine la question et se demande si, lorsque la réserve de s'avantager n'a pas été prévue dans le contrat de mariage, le consentement des proches parents est nécessaire quant aux biens situés en dehors du ressort de la coutume de Bourgogne (1) : il soutient que le consentement n'est pas nécessaire parce que d'abord la disposition de la coutume qui l'exige a pour objet de conserver les biens des conjoints à leurs parents et comme telle rentre dans le statut réel, et ensuite parce que le consentement n'est pas exigé comme une solennité. Nous avons déjà rapporté l'opinion de Chasseneuz qui se prononçait pour la personnalité.

Le président Bouhier est, de tous les jurisconsultes statutaires, celui qui étend le plus la portée du statut personnel. Il ne conteste pas le principe de la réalité des coutumes, mais il critique les définitions que les statutaires donnaient des statuts personnels. Il ne propose pas de définition nouvelle, parce qu'on ne saurait en donner de bonne

(1) Froland, *Mémoire sur la nature et la qualité des statuts*, t. II, p. 847, chap. 18.

tant qu'on ne sera pas convenu des différents statuts qui doivent composer la classe des personnels et des réels. Les statutaires, afin de restreindre la portée du statut personnel, avaient imaginé la théorie des incapacités ou des capacités particulières qui, d'après eux, formaient un statut réel. Bouhier se refuse à admettre ce principe ; pour lui, du moment qu'un statut règle soit la capacité générale, soit la capacité particulière des personnes, il est personnel et doit par conséquent étendre son empire sur les biens de ceux qui lui sont soumis, en quelques lieux qu'ils soient situés.

Pour étendre plus encore le domaine des statuts personnels, Bouhier (1) admet, contrairement à l'opinion de Boullenois, qu'en cas de doute sur la nature d'un statut, il doit être considéré comme personnel ; en somme Bouhier étend tellement la personnalité qu'on peut dire que pour lui c'est la personnalité qui était la règle et la réalité l'exception.

Quant au statut des donations entre époux, Bouhier le déclare personnel ; il se demande si les lois qui défendent aux époux de faire au profit l'un de l'autre des dispositions entre vifs ou à cause de mort sont réelles ou personnelles. Il fait d'abord observer que la prohibition pour les conjoints de s'avantager est tirée du droit romain et que les motifs en sont les mêmes : l'honneur et la paix du ménage ; la crainte de voir troubler la concorde des époux par des calculs intéressés et le danger des entraînements d'une tendresse inconsidérée ; ensuite Bouhier répond aux partisans de la réalité.

(1) Bouhier, *Observations sur la coutume du duché de Bourgogne*, chapitre XXVII, article 50, p. 543.

Ceux-ci estimaient que l'objet véritable de la prohibition de se donner entre époux est la conservation des biens dans les familles et l'intérêt des héritiers ; l'incapacité dont ils sont frappés est une incapacité relative aux biens, car ce sont les biens qu'il vise directement ; aussi considère-t-il cette prohibition comme réelle. Voici ce que Bouhier leur répond : « Mais je leur demande où ils ont trouvé ce prétendu motif de nos statuts ? Ce n'est sûrement pas dans les termes dont ils sont conçus. Il faut donc que ce soit dans leur imagination. Mais puisque nos coutumes n'ont fait que rendre générale la disposition du droit romain qui était limitée aux dispositions entre vifs, n'est-il pas plus naturel de leur donner le même motif ? Cela est d'autant plus convenable qu'on peut en rendre toutes les mêmes raisons que l'Empereur (1) a données de la constitution. La seule chose à changer, c'est seulement, qu'au lieu qu'il craignait, que l'un des conjoints ne se privât de ses biens en faveur de l'autre, nous craignons qu'il n'en prive ses héritiers. Mais dans l'un ou l'autre de ces cas il est question de biens. Si donc malgré cela la loi romaine est personnelle comme on en convient il faut que nos coutumes le soient ainsi. » Bouhier nie que le statut qui prohibe les donations entre époux ait eu en vue la conservation des biens dans les familles, « car, dit-il, les statuts qui tendent à la conservation des biens dans les familles ne regardent que les immeubles et généralement les propres de ligne (tel est le statut qui défend de tester des quatre quints des propres) ; tandis que les coutumes, qui prohibent aux conjoints de se rien donner, comprennent toutes sortes de biens, meubles et immeubles ».

(1) Antonin Caracalla, *Sénatus-consulte*.

Bouhier (1) cependant, malgré sa tendance à déclarer les statuts plutôt personnels que réels, propose une distinction, qui est étonnante de sa part, et que Boullenois admettait entre les différentes coutumes prohibant les donations entre époux.

Boullenois convient, dit Bouhier, de la personnalité des coutumes qui permettent ou défendent les avantages entre époux indifféremment, soit qu'ils aient des enfants ou qu'ils n'en aient pas, soit qu'ils disposent par donation simple ou mutuelle ; en ce cas il croit que les règles ne s'opposent point à l'exécution de leur disposition sur tous leurs biens qui sont situés en des coutumes semblables. Mais Boullenois pensait, et Bouhier incline vers cette opinion, qu'il fallait décider autrement à l'égard des coutumes suivant lesquelles la prohibition ou la permission n'est pas décrétée d'une manière absolue. Si la prohibition n'est édictée que pour le cas seulement où il y a des enfants, ou si la permission n'est accordée qu'à charge de mutualité et d'égalité, Boullenois estime que dans ces coutumes l'intention principale et dominante des rédacteurs a été de régler les biens et d'empêcher que les conjoints ne dépouillent leurs enfants ou autres héritiers ; aussi ces coutumes doivent-elles être regardées comme réelles.

Tel était l'état de la question à la veille de la discussion du Code civil ; plaçons-nous maintenant sur le terrain des législations modernes.

§ 4. — **De la loi compétente pour régir, en cas de conflit, les questions relatives à la capacité et à la révocabilité. Examen de la doctrine. Critique de la jurisprudence française.**

Quelle est la loi qui doit régir, en droit international

(1) Bouhier, *op. et loc. cit.*, articles 76 et 77, p. 545.

privé, la capacité de se donner entre époux pendant le mariage ? ou plutôt quelle est la loi qu'on doit consulter pour savoir si un époux a pu valablement disposer, par donation entre vifs, au profit de son conjoint ?

Nous avons vu combien sont contradictoires les dispositions des législations modernes en matière de donations entre époux. On peut les diviser en deux grandes classes : les unes, telles que la législation italienne ou espagnole, prohibent d'une façon absolue les donations entre vifs pendant le mariage ; les autres permettent les donations entre vifs, mais avec des distinctions : certaines n'établissent pas un régime spécial, de sorte que les donations entre époux restent régies par le droit commun (tels les codes de Russie, d'Allemagne, d'Autriche qui reconnaissent aux époux la même faculté qu'aux personnes qui ne sont pas unies par les liens du mariage) ; d'autres, au contraire (telles la loi française (1) et beaucoup de législa-

(1) Quelle est la nature des donations entre époux ? — V. Demolombe, *Don.*, VI, n° 462 ; Aubry et Rau, VIII, § 744, p. 108 ; Laurent, *Droit civil*, XV, n° 314, p. 350 ; Baudry-Lacantinerie et Colin, *Donat.*, II, p. 869. — L'article 1096 déclare ces donations essentiellement révocables. Cette révocabilité, qui est une exception non seulement à la règle *donner et retenir ne vaut*, mais aussi au droit commun des contrats, a fait naître des hésitations sur la nature des donations entre époux. Certains auteurs (Toullier, Troplong) ont voulu voir dans ces donations des donations à cause de mort, mais cette interprétation se heurte à l'article 893 qui ne reconnaît que deux modes de disposer à titre gratuit : la donation entre vifs et le testament. — Les donations entre époux, malgré leur révocabilité, ne peuvent pas non plus être considérées comme des dispositions testamentaires, car le testament est un acte unilatéral, tandis que la donation est un contrat qui exige un concours de volontés. Or les donations entre époux sont qualifiées par la loi de donation entre vifs, et elles exigent, comme toute donation entre vifs, le concours de deux volontés. L'époux donataire peut à la vérité être dépouillé par le donateur, mais il n'en a pas moins un titre

tions étrangères, inspirées d'elles), tout en permettant les donations entre époux, les déclarent essentiellement révocables.

Comme les donations entre époux sont, à raison de la nature même des rapports qui unissent les époux, de beaucoup les plus fréquentes dans la pratique, les tribunaux sont et seront souvent appelés à trancher les nombreux conflits des lois qui peuvent naître en cette matière ; la question présente donc non seulement un intérêt historique et théorique, mais aussi et surtout un grand intérêt pratique.

Deux époux français se font une donation qui porte sur des biens situés en Italie : est-elle valable ? La question se pose parce que le conflit naît entre la loi française qui permet les donations entre époux et la loi italienne qui les défend ; la solution dépendra de la loi que le juge déclarera applicable. Inversement, s'il y a lieu de se demander si la donation faite par un époux italien à son conjoint est nulle même à l'égard des biens donnés situés en France. Les tribunaux français ont eu à se prononcer sur cette dernière hypothèse.

Des conflits peuvent naître aussi entre les lois allemande, autrichienne ou russe et la loi française. Ainsi, la donation faite par un Français à son épouse est-elle révocable, même si les biens donnés sont situés en Allemagne ? Si c'est un époux allemand qui a fait la donation, ne doit-on pas se demander si cette donation, irrévocable comme tout autre contrat d'après la loi allemande, sera révocable con-

qui est un contrat. Il faut en conclure que l'on doit appliquer aux donations entre époux les règles qui régissent les donations en général, toutes les fois que le législateur ne les a pas écartées expressément, comme il l'a fait pour l'irrévocabilité.

formément à la loi française en tant qu'elle porte sur des biens situés en France ?

Pour arriver à la solution de ces conflits, il faut d'abord montrer la portée internationale des lois qui permettent ou défendent les donations entre époux, ou pour mieux dire, déterminer si ces lois doivent être considérées comme territoriales ou extra-territoriales dans les rapports internationaux. Une fois ce point fixé, il nous sera facile d'indiquer la loi applicable.

Nous savons déjà que les lois de protection individuelle sont extra-territoriales, que celles de garantie sociale ou d'ordre public sont territoriales et que le critérium auquel il faut faire appel pour déterminer la nature d'une loi est le but social dont celle-ci poursuit la réalisation.

Nous avons examiné les motifs qui ont déterminé le législateur français à permettre les donations entre époux et à les rendre révocables ; il a voulu, d'un côté respecter le droit de disposer des époux inhérent au droit de propriété, et d'un autre côté, en rendant ces donations révocables, protéger l'époux donateur contre des entraînements faciles, contre sa propre faiblesse. Il semble hors de doute que la loi française, en tant qu'elle permet les donations entre époux, entre dans le statut personnel des époux, car elle ne fait que consacrer le principe d'après lequel tout individu peut disposer de ses biens comme il l'entend. C'est une disposition qui relève des lois de capacité, lesquelles, de l'avis des auteurs, dépendent du statut personnel, c'est-à-dire de la loi nationale des intéressés.

Mais pour mieux nous rendre compte de la nature de la loi française, il convient d'examiner le principe de la révocabilité des donations entre époux. L'alinéa 1^{er} de l'ar-

ticle 1096 du Code civil dispose que les donations entre époux pendant le mariage seront toujours révocables. Quelle est la portée internationale de cette disposition ? Tout d'abord il faut remarquer que, de l'avis de presque tous les auteurs, cette disposition est d'ordre public, en ce sens que le donateur ne peut pas y renoncer ; elle a pour effet d'annuler toute clause qui lui serait contraire. Il en résulte que notre disposition n'est pas une loi interprétative de la volonté des époux, mais bien une loi ayant un caractère obligatoire, restrictive de la volonté des parties et à laquelle celles-ci ne peuvent pas déroger. La conclusion qui s'impose et sur laquelle nous n'insisterons pas est que la disposition de l'article 1096 ne rentre pas dans le domaine de la volonté des parties et qu'au point de vue du droit international privé elle ne peut pas dépendre de la loi choisie par les époux pour régir leur contrat ; ceci suffit, pensons-nous, pour repousser l'opinion de Félix (*Traité de Droit international privé*, t. I, p. 247) qui, dans un cas du moins, estime que la révocabilité des donations entre époux dépend de la loi à laquelle ils se sont soumis en contractant.

L'autonomie de la volonté des parties étant ainsi hors de cause, revenons à notre critérium. Nous savons que la disposition de l'article 1096 est motivée par la crainte des entraînements irréfléchis, des abus d'influence qui peuvent pousser l'un des époux à faire des donations à son conjoint. « On ne pourra plus douter, dit Bigot-Préameneu (1), que les donations ne soient l'effet d'un consentement libre, et qu'il ne faut les attribuer ni à la subordination, ni à une affection momentanée ou inconsidérée, quand la femme n'aura besoin pour cette révocation d'au-

(1) Bigot-Préameneu, *Exposé des motifs*, Loqué, t. XI, p. 424, n° 88.

cune autorisation ; quand, pour rendre cette révocation plus libre encore, et pour qu'on ne puisse pas argumenter de l'indivisibilité des dispositions du même acte, il est réglé que les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire, par un seul et même acte, aucune donation mutuelle et réciproque. » Ainsi le législateur, en édictant la révocabilité, voulait avant tout garantir la libre expression de la volonté des époux ; il voulait, en d'autres termes, que le consentement du donateur ne fût pas vicié. Or, quel peut être le but social d'une loi qui tend à assurer la liberté du consentement des époux, sinon leur protection personnelle (1). Nous arrivons donc à cette conclusion, que la disposition de l'article 1096 est une loi de protection individuelle qui doit, pour accomplir efficacement sa mission, suivre les époux partout et s'appliquer à tous leurs biens, en quelque lieu qu'ils soient situés, car on ne saurait soutenir que la volonté du donateur est ou n'est pas libre suivant qu'il contracte dans tel ou tel pays ou que les biens donnés sont situés ici ou là. La disposition de l'article 1096, comme toute loi de protection individuelle, rentre dans le statut personnel des intéressés et dépend par conséquent de la loi nationale des époux, c'est-à-dire de la loi française. Cette solution est corroborée par un argument tiré de cette considération que la révocabilité des donations entre époux est une exception à la règle *donner et retenir ne vaut*. Cette règle, qui constitue le régime de droit commun des donations en France dépend, ainsi que nous avons tâché de le démontrer, de la loi natio-

(1) Les mesures de protection et d'appréciation de la liberté du consentement se rattachent à la capacité et rentrent dans le statut personnel ; c'est-à-dire qu'il faudra, sur ce point, s'en tenir uniquement à la loi nationale des parties (Despagnet, *op. cit.*, 2^e édition, p. 588, n^o 598).

nale du donateur ; or, il semble logique de soumettre à la même compétence que la règle les cas particuliers dans lesquels il est permis d'y déroger.

Ayant ainsi déterminé la portée internationale des dispositions de la loi française, il nous reste à examiner les lois étrangères avec lesquelles la loi française peut se trouver en conflit. Les lois étrangères, telle que la loi allemande, qui n'établissent pas des règles de capacité spéciale pour les donations entre époux ne peuvent pas faire naître des doutes sur la portée de leurs dispositions. Les époux sont soumis aux règles de capacité générale qui suivent partout les individus ; la capacité de se donner entre époux comme entre personnes étrangères rentre dans le statut personnel. Du reste, les conflits qui peuvent naître entre ces lois et la loi française ne porteront pas sur la question de savoir si les époux pouvaient se donner entre eux — du moment que les dispositions des lois en présence ne sont pas contradictoires, — mais sur celle de savoir si les donations que les époux se sont faites sont ou non révocables.

Or, si la question de révocabilité ou de non-révocabilité des donations entre époux dépend de leur statut personnel, il en résulte que les conflits de lois qui peuvent naître sur cette question doivent être tranchés en appliquant la loi nationale des époux. En conséquence, deux époux français résidant en Autriche ne pourront se faire que des donations révocables, conformément à leur loi nationale, bien que le paragraphe 1246 du Code civil autrichien, qui autorise les donations entre époux durant le mariage, ne les déclare pas révocables au gré du donateur. De même, si un époux autrichien a fait une donation en France ou portant sur des biens situés en France au profit de son conjoint, cette donation est irrévocable ; il ne pourra donc pas

invoquer devant les tribunaux français l'article 1096 du Code civil français pour soutenir que la révocation qu'il aurait faite est valable, car aux termes de la loi autrichienne, seule applicable, il n'avait pas le droit de révoquer la donation.

Les tribunaux français ont eu à se prononcer sur la question dans l'espèce suivante : la dame Bussutil avait fait, le 14 décembre 1879, une donation par devant notaire à son époux, à Guelma (Algérie) ; la donation portait sur des biens mobiliers et immobiliers situés en Algérie. Le 15 mars 1892, la dame Bussutil révoque la donation. Les époux étaient tous les deux étrangers, sujets anglo-maltaï, et aux termes de la loi maltaïse, les donations entre époux sont irrévocables. Devant les tribunaux, le sieur Bussutil soutenait, avec raison, croyons-nous, que la révocation de la donation à lui faite par sa femme était nulle, parce que la capacité de disposer par donation relève uniquement du statut personnel et qu'aux termes de la loi maltaïse, qui seule devait être appliquée, les donations entre époux sont irrévocables.

Le tribunal de Guelma et la Cour d'Alger ont décidé, par des raisons différentes, que la loi française était seule applicable et que la révocation était valable. Le tribunal de Guelma dans son jugement du 1^{er} avril 1897 (*Clunet*, 1898, p. 935) déclare que le principe de la révocabilité des donations entre époux rentre dans le statut réel : « Attendu, dit le tribunal, que le principe de révocabilité, institué par l'article 1096 du Code civil français, constitue un statut réel et non un statut personnel et que les lois qui composent le statut réel français régissent tous les immeubles situés en France, soit qu'ils appartiennent à des Français ou à des étrangers, soit qu'on les considère isolément en

eux-mêmes ou comme dépendant d'une universalité juridique. » Le tribunal se contente d'affirmer seulement la réalité de la disposition de l'article 1097, mais il ne nous en donne pas les raisons. Nous avons vu que la révocabilité des donations entre époux dépend du statut personnel ; or à quel titre la loi française pouvait-elle empêcher l'application de la loi maltaise ? Ce n'est sûrement pas pour des raisons d'ordre public, car en quoi l'ordre public pourrait-il être intéressé à ce que les donations entre deux étrangers soient révocables ? Si le tribunal a entendu consacrer une jurisprudence qui décide que la capacité de disposer à titre gratuit des immeubles français dépend du statut réel, cette raison n'est pas meilleure, ainsi que nous tâcherons de le démontrer plus loin.

La Cour d'appel d'Alger, dans son arrêt du 2 mai 1898 (*Chunet*, 1899, p. 385), a maintenu le jugement, mais par des motifs différents : pour justifier l'application de la loi française, elle argumente de l'autonomie de la volonté. Elle déclare que la donation entre époux constitue une transmission de biens contractuelle, régie par la volonté des parties et soumise à la législation du pays où ce contrat doit recevoir exécution ; elle ajoute qu'il résulte des circonstances que les époux Bussutil ont entendu adopter les dispositions de la loi française et que par conséquent c'est la loi française qu'on doit consulter pour décider de la révocabilité de la donation. Nous avons déjà démontré plus haut que la révocabilité des donations entre époux ne dépend pas de la volonté des parties ; évidemment les parties sont libres de choisir leur loi pour régir leur contrat ; mais cette liberté ne peut s'exercer qu'à l'égard des lois facultatives ou interprétatives, elle s'arrête en face des lois qui s'imposent à leur obéissance ; or telle est la

loi maltaise n'autorisant que les donations irrévocables entre époux. La Cour ajoute que les époux ont adopté la loi française, mais elle ne nous démontre pas qu'ils avaient la possibilité de le faire relativement à la question de révocabilité. L'arrêt de la Cour d'Alger marque cependant, à notre avis, un pas en avant dans la jurisprudence en tant qu'il ne considère pas la révocabilité des donations entre époux comme de statut réel.

Nous arrivons, maintenant, à l'examen de la loi italienne qui prohibe d'une façon absolue les donations entre époux pendant le mariage. La prohibition (1) est contenue dans l'article 1054 du Code civil italien ainsi conçu : « Les époux ne peuvent se faire l'un et l'autre, durant le mariage, aucune libéralité, sauf par acte de dernière volonté dans les formes et suivant les règles établies pour de tels actes. » Cette prohibition a été dictée par les mêmes motifs qui ont inspiré la révocabilité des donations entre époux au législateur français. Le législateur italien a pensé que le meilleur moyen d'éviter les causes de séduction ou de violence qui peuvent entacher les donations entre époux faites durant le mariage est leur prohibition absolue; de cette façon est assurée l'union des époux, car toute occasion de sollicitations réciproques et par suite de mésintelligence leur est enlevée; cette prohibition a aussi l'avantage de déjouer les fraudes auxquelles le système français expose les époux (2). Le but social d'une pareille

(1) Nous trouvons la même prohibition dans l'article 1334 du Code civil espagnol, ainsi conçu : Toute donation entre époux durant le mariage sera nulle. — On ne comprend pas dans cette règle les cadeaux de peu d'importance, que les époux se font dans les occasions de réjouissance de la famille.

(2) A. Pillet, *Note sur l'affaire Zamaretti*, S. 1896. II. 73.

prohibition apparaît clairement : c'est la protection individuelle (1) ; elle rentre donc dans le statut personnel des époux et doit être régie par leur loi nationale.

De l'analyse que nous venons de faire des dispositions des lois française, italienne, allemande ou autrichienne, nous avons acquis la certitude que toutes rentrent dans la catégorie des lois de protection individuelle, qui doivent être considérées comme extra-territoriales. Or, nous savons, que lorsqu'un conflit naît entre deux lois extra-territoriales, il faut le trancher en faisant prévaloir la loi nationale des parties en cause ; ceci nous conduit à cette conclusion, que c'est la loi nationale des époux qu'il faudra toujours consulter pour savoir, en cas de conflit, si les époux avaient ou non la faculté de se donner entre eux, et dans quelles limites.

L'opinion que nous venons d'exposer est celle qui prévaut en doctrine. Tous les auteurs (2) s'accordent à reconnaître que la prohibition ou la révocabilité des donations entre époux constituent de véritables mesures de protection destinées à assurer la liberté réciproque des époux ; tous déclarent applicable la loi nationale des époux. M. Weiss (*op. cit.*, 2^e édition, p. 495) se prononce pour la personnalité des lois italienne et française. Voici ce

(1) *Clunet*, 1879, p. 385, *Questions et solutions pratiques de dr. int. privé*.

(2) Dans ce sens : Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 123, note a, p. 218, note b et 247, note a ; Audinet, n° 686, p. 504 ; Despagnet, 2^e édition, n° 598, p. 588 ; Bertauld, *Questions pratiques*, t. I, n° 65 ; Laurent, *Dr. civ. intern.*, t. II, p. 287 et t. VI, n° 292, p. 497 ; Surville et Arthuys, n° 375, p. 406 ; Weiss, *Traité théorique et pratique de dr. int., privé*, t. III, p. 509 et suiv. ; Chausse, *Revue critique*, 1892, t. 21, p. 293 ; Calixte, *Des donations entre époux en dr. int. privé*, thèse de doctorat, 1895, p. 112 et 113.

qu'il dit : « La disposition de l'article 1096 du Code civil français est relative à la capacité des personnes ; elle est une dépendance et un corollaire des lois relatives au mariage, à l'organisation de la famille. La prohibition écrite dans la loi italienne et motivée par l'intérêt privé des époux italiens n'est évidemment pas d'ordre public international. En effet, cette loi n'interdit pas les libéralités testamentaires entre époux, et une donation révocable n'est à vrai dire qu'un legs, puisque, jusqu'à son dernier jour, le donateur est maître de revenir sur sa libéralité. Les deux législations diffèrent donc plus en la forme qu'au fond. » Faisant une application de ces principes, M. Weiss décide que la donation entre vifs faite par un époux français à son conjoint et portant sur des biens situés en Italie est valable et révocable et que la donation faite entre époux italiens est nulle même si les biens donnés sont situés en France. Ces solutions nous semblent irréprochables, mais M. Weiss nous dit que, pour que la donation entre époux soit valable, il est nécessaire que chacun des deux époux, s'ils sont de nationalité différente, ait la capacité de donner à son conjoint aux termes de sa loi personnelle. Ainsi, dit l'auteur, un Français devenu italien ne pourra pas faire une donation même révocable à sa femme restée française. Cette solution est incontestable puisque la loi italienne, qui régit le statut personnel du mari, lui défend de donner à son épouse ; mais, nous croyons que, dans l'hypothèse inverse, la solution ne doit plus être la même. Nous pensons que la donation faite par une femme de nationalité française à son époux italien est valable, de même que la donation faite par un Italien devenu français à sa femme restée italienne. En d'autres termes, nous pensons que si les époux sont de nationalité

différente et si leurs lois nationales sont contradictoires, il faudra, pour savoir si une donation intervenue entre eux est valable, consulter seulement la loi nationale de l'époux donateur (1).

Cependant l'opinion défendue par la doctrine ne prévaut pas en jurisprudence. Les tribunaux français ont été appelés à se prononcer sur l'efficacité des donations faites entre époux italiens, portant sur des biens situés en France. Par un arrêt du 4 mars 1857 (S. 1857. 1.247 ; P. 1857. 1. 143) la Cour de cassation a décidé que l'étranger qui s'est marié en France peut faire, pendant le mariage, une donation entre vifs au profit de sa femme des biens qu'il possède en France, encore bien que la loi du pays auquel il appartient ne permette les libéralités entre époux que dans la forme testamentaire ; l'arrêt donnait comme motifs que l'article 1185 du Code civil sarde qui prohibait les donations entre époux avait pour objet de restreindre la disponibilité des biens entre époux afin d'en assurer la conservation aux héritiers du sang et que par conséquent il relevait du statut réel. Nous retrouvons cette opinion dans un jugement du tribunal de la Seine du 3 mars 1891 (*Clunet*, 1891, p. 508) rendu dans l'espèce suivante : un Italien, Zamaretti, fixé en France et marié à une Française, avait disposé par acte entre vifs, au profit de sa femme, pour le cas où elle lui survivrait, de l'usufruit de la totalité de ses biens meubles et immeubles. A la mort du donateur, son frère, héritier du sang, demanda la nullité de

(1) V. ce que nous avons dit relativement à l'incapacité du mineur envers son tuteur. Mais pour ce qui est de la vente entre époux, nous nous rattachons à l'opinion de M. Weiss d'après laquelle, pour que la vente soit valable, il faut que les deux époux aient la capacité de contracter.

la donation comme ayant été faite contrairement à l'article 1054 du Code civil italien, qui prohibe les donations entre époux pendant le mariage. Le tribunal se prononça pour la validité de la donation, et poussa même la réalité si loin qu'il ne tint aucun compte de la distinction traditionnelle admise par la jurisprudence française entre les meubles et les immeubles. « Attendu que, dit le jugement, d'une façon générale, le statut réel se compose des lois qui ont pour objet direct et principal de régler la condition juridique des biens ; que celles qui prohibent certains modes de disposition ou restreignent la faculté de disposer, soit d'une manière absolue, soit à l'égard de certaines personnes seulement, dépendent de ce statut ; qu'en principe le pouvoir de ces lois s'arrête aux limites de la souveraineté pour laquelle elles sont établies ; qu'ainsi le statut réel étranger ne régit pas les biens situés en France. » Le tribunal ajoute que l'exception admise en matière de succession *ab intestat* quant aux meubles laissés par un étranger en France, succession régie par la loi nationale du *de cuius*, ne doit pas être étendue aux donations.

Le tribunal de la Seine estime donc que la prohibition de l'article 1054 du Code civil italien a pour objet direct et principal les biens. Nous pouvons rapprocher cette façon de voir de la thèse soutenue par M. l'avocat général Jacomy devant la Cour d'appel de Paris dans la même affaire. M. l'avocat général affirme que rien, dans l'économie générale de la prohibition de l'article 1054, ne semble pouvoir être juridiquement invoqué en faveur de la personnalité. Le Code italien n'a pas suivi le Code français, il s'est montré beaucoup plus sévère que ce dernier en prohibant toute donation entre vifs durant le mariage. « La cause en est, dit M. l'avocat général, que les considéra-

tions de personnes étaient bien loin de l'esprit du législateur italien et que ce sont surtout des considérations relatives aux biens eux-mêmes qui l'ont préoccupé. Le but unique de l'article 1054 est d'assurer la conservation des patrimoines dans les familles, de les mettre à l'abri des influences et des suggestions conjugales qui s'exerceraient beaucoup trop activement si les donations au cours du mariage étaient permises. Ce que le législateur a eu en vue, c'est la protection du patrimoine de chaque époux et non point la protection de la personne même des conjoints. Ce qui domine en un mot, conclut M. Jacomy, dans l'article 1054, ce n'est point l'organisation, le règlement de la capacité générale des époux, c'est la restriction de leur capacité personnelle au regard des biens et en considération, en faveur de la conservation de ses biens ; ce qui veut dire que la disposition est de statut réel et non personnel (1). » Nous avons pour ainsi dire combattu d'avance cette opinion quand nous avons examiné la portée internationale de l'article 1054 du Code civil italien ; mais nous ajoutons qu'il est difficile de soutenir que la prohibition de la loi italienne tend à conserver les biens dans les familles, du moment que l'époux est libre de donner à son conjoint par testament tous les biens dont il peut disposer ; ceci prouve jusqu'à l'évidence, croyons-nous, que le législateur italien a voulu créer une véritable incapacité et non une mesure d'indisponibilité, car les libéralités testamentaires sont beaucoup plus dangereuses que les donations entre vifs pour la conservation des biens dans les familles. « On hésiterait fort à affirmer, dit M. Pillet (note précitée

(1) Fœlix est parmi les auteurs modernes un des défenseurs de la réalité du statut des donations entre époux. — V. Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 123.

au Sirey), qu'il y a dans l'article 1054 quelque chose qui touche au régime des biens, ou plutôt on n'hésiterait même pas à le nier, car cette singulière opinion revient à dire, que les biens situés en France sont susceptibles de donations entre époux, tandis que les biens situés en pays étrangers n'en sont pas susceptibles, ce qui est évidemment absurde, tant il est évident que la faculté de faire des donations entre époux est étrangère à la condition des biens. »

Le jugement du tribunal de la Seine a été réformé par un arrêt de la Cour de Paris en date du 27 mai 1892. La Cour a rejeté la doctrine du tribunal défendue devant elle par M. l'avocat général Jacomy ; elle s'est ralliée à l'opinion qui triomphe en doctrine et a décidé que la prohibition de l'article 1054 du Code civil italien n'est pas une règle d'indisponibilité, mais une règle qui régit la capacité des époux et qui par conséquent dépend de leur statut personnel : « Considérant, dit-elle, que si la disposition de l'article 1054 du Code civil italien porte en effet sur la distribution et la conservation du patrimoine, elle vise principalement l'état et la capacité des personnes ; que la capacité de disposer touche essentiellement à la capacité de la personne ; que la disposition invoquée ne doit point être considérée comme faisant partie du statut réel, mais du statut personnel du donateur ; qu'aux termes de l'article 3 du Code civil français, les dispositions de cette nature, c'est-à-dire celles réglant l'état et la capacité des personnes, régissent les Français, même résidant à l'étranger ; que de même, les lois réglant l'état et la capacité des étrangers sont réputées applicables à ceux-ci pendant leur résidence en France. » Ainsi la Cour admettait l'applicabilité de la loi italienne dans l'espèce qui lui était présen-

tée, et, partant, il semble qu'elle aurait dû annuler sans restriction la donation faite par Zamaretti à sa femme. Mais si la Cour reconnaît bien qu'en principe la donation doit être déclarée nulle, comme faite par les époux, au mépris de leur loi nationale qui les régit, quand il s'agit d'appliquer cette nullité exigée par les principes, elle distingue entre les meubles et les immeubles. « Considérant, toutefois, dit la Cour, que les effets de cette nullité ne portent que sur la partie mobilière de la succession, les meubles corporels et incorporels suivant la loi du domicile légal du *de cuius* ; qu'en ce qui touche les immeubles, l'article 3 du Code civil français édicte, par exception, que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française ; que cette loi autorise entre les époux des donations de la nature de celle faite dans l'acte du 6 octobre 1870 ; que cette donation demeure donc valable en ce qui touche la partie immobilière de la succession. » Enfin (1), la Cour statuant, à nouveau, déclare nulle la do-

(1) En appel, la veuve Zamaretti avait aussi soutenu que la loi italienne permet les dispositions testamentaires entre époux, que les donations entre vifs autorisées par la loi française doivent être assimilées aux libéralités faites par testament à raison de leur caractère révocable et que par conséquent la donation à elle faite par son époux devait produire effet indistinctement sur les meubles et les immeubles comme constituant au fond une libéralité testamentaire permise par la loi nationale des époux.

La Cour a, avec raison, repoussé cette argumentation, car malgré leur révocabilité les dispositions entre vifs autorisées par la loi française ne peuvent pas être assimilées aux dispositions faites par testament ; ainsi que le dit la Cour, d'accord en cela avec les auteurs, la donation entre époux, autorisée par l'article 1096 du Code civil français, constitue, en droit, non une disposition testamentaire, mais une véritable donation, laquelle ne diffère des autres que par la condition résolutoire qui y demeure attachée. Bien que révocable, la donation entre époux reste un contrat, exigeant un concours de volontés tandis que le

nation faite par Zamaretti à sa femme en ce qui touche les biens mobiliers seulement, meubles corporels et incorporels, faisant partie de la succession ; mais, en ce qui touche les immeubles faisant partie de la succession et situés en France, elle déclare la donation valable et reconnaît à la veuve Zamaretti la qualité de donataire.

En somme la Cour, malgré l'affirmation catégorique que l'article 1054 rentre dans le statut personnel, n'en tient pour ainsi dire aucun compte quand elle en fait l'application pratique. En effet, elle appuie son arrêt et la distinction qu'il contient sur ce que la succession mobilière d'un étranger est régie par sa loi nationale et la succession immobilière par la loi française. Elle consacre ainsi une fois de plus la jurisprudence qui soumet les donations au même régime international que les successions.

La Cour de cassation par un arrêt du 8 mai 1894 rendu sur le pourvoi de la dame Zamaretti a reconnu fondée cette assimilation ; elle en fait le principal argument de sa décision : « Attendu, dit-elle, que c'est à bon droit que l'arrêt attaqué en constatant que Xavier Zamaretti, sujet italien, n'avait pas son domicile légal en France, a refusé d'appliquer, en ce qui concerne sa succession mobilière, les dispositions de la loi française, a, au contraire, appliqué celles de la loi italienne, et a, par suite, déclaré nulle, relativement aux biens mobiliers, la donation entre époux faite pendant le mariage. » Quant aux immeubles situés

testament est un acte unilatéral. De plus, admettre cette assimilation, ce serait ne tenir aucun compte de la loi italienne, qu'on reconnaît cependant applicable. En effet sur ce point elle ne laisse aucun doute. Elle ne permet entre époux que les libéralités faites par acte de dernière volonté *dans les formes et suivant les règles établies pour de tels actes* (art. 1054, C. civ. ital.).

en France, la Cour suprême dit que la donation peut recevoir son exécution, les immeubles héréditaires étant régis par la loi française et non par la loi nationale du *de cuius*.

Cette assimilation, au point de vue du droit international, du régime des donations au régime successoral, ne nous semble pas fondée ; nous avons repoussé dès le début de notre étude l'opinion de Brocher (*Dr. int. privé*, I, p. 20 et suiv.) qui considère les donations entre vifs et en général les dispositions à titre gratuit comme des exceptions permises à la transmission héréditaire des biens. La donation est un contrat, un acte de volonté expresse ; or, comment la considérer comme une exception à la transmission légale des biens qui elle-même est basée sur les affections présumées du défunt, donc sur une volonté probable, tacite par conséquent ; pourquoi subordonnerait-on la volonté expresse à la volonté tacite du *de cuius*. La donation est un mode d'aliéner à titre particulier ; or, comment considérer un acte à titre particulier comme une exception à la succession *ab intestat* qui est une distribution légale de l'universalité du patrimoine du *de cuius* ? « L'assimilation des donations et des successions, dit M. Pillet (1), se concevait chez nos anciens auteurs, auxquels il suffisait qu'une loi eût son effet sur les biens pour la proclamer réelle ; elle n'est plus explicable dans l'état actuel de nos connaissances et de notre législation et il ne suffit pas pour la justifier d'alléguer l'intérêt des héritiers, car bien d'autres contrats les concernent tout autant, davantage même (le contrat de mariage par exemple) que l'on n'a jamais songé à soumettre pour cela au régime

(1) A. Pillet, note sous Cass., 14 juin 1899, S. 1900. I. 235.

légal des successions. On peut croire que le désir d'éviter des problèmes compliqués et difficiles a contribué dans une large part à assurer le respect d'une tradition intelligible et surannée. »

Si cette assimilation n'est pas justifiée, alors, quelle que soit la nature du statut successoral — qu'on le reconnaisse réel ainsi que le fait la jurisprudence, ou personnel ainsi que l'enseignent les auteurs modernes — on ne doit pas s'en préoccuper quand il s'agit de savoir si une donation entre vifs est ou non valable (1), car il reste indifférent dans la question. En effet, en l'espèce qui nous occupe, la difficulté posée devant la Cour suprême était bien précisée : la veuve Zamaretti demandait le bénéfice de la donation d'usufruit faite par son mari pendant le mariage ; elle n'invoquait à l'appui de son droit que la donation entre vifs. Il s'agissait donc de savoir si le contrat de donation était valablement passé, pour décider si oui ou non la donataire avait le droit de s'en prévaloir. Or, pour qu'un acte produise effet, il faut d'abord qu'il soit valable dans la forme et ensuite que les parties aient la capacité nécessaire. La question de forme n'étant pas soulevée, il restait à la Cour d'examiner la capacité du donateur. Ainsi la question posée se réduisait à ceci : *le donateur, sujet italien, était-il capable de faire une donation entre vifs à son épouse durant le mariage ?* A cette question la Cour n'a pas répondu par un oui ou un non catégorique, elle fait intervenir pour la solution de la question la loi successorale, alors que rien ne justifiait l'intervention de cette idée du moment que le droit de la femme découlait d'un contrat et non de la loi successorale. Par conséquent, la distinction

(1) Comp. Surville, *Revue critique*, 1895, t. 24, p. 74.

établie par la Cour suprême entre les meubles et les immeubles ne s'imposait nullement pour la solution de la question, précisément parce que la Cour avait tiré cette distinction du régime admis par la jurisprudence dans la réglementation de la succession *ab intestat* laissé par un étranger en France. Quoi qu'il en soit, la Cour en appliquant la loi italienne pour décider de la validité de la donation faite par un sujet italien à sa femme en tant que la donation porte sur les meubles admet une solution conforme à l'opinion générale que nous avons défendue. Mais, et c'est ici qu'on se rendra mieux compte jusqu'où peut conduire l'assimilation du régime international des donations au régime successoral, la Cour se refuse d'appliquer la loi italienne en tant que la donation porte sur des immeubles situés en France, parce que c'est la loi française qui régit la succession immobilière d'un étranger. Admettons pour un moment le système de la Cour et demandons-nous si, dans l'espèce, la loi française était vraiment applicable en tant que la loi successorale ? Nullement. En effet, il ne s'agissait ni d'une question de transmission, ni d'une question de réserve ; on peut dire plus, l'application de la loi italienne aux immeubles se recommandait pour ainsi dire à la Cour parce que, n'autorisant pas les donations révocables entre époux, elle contribuait indirectement à maintenir intact le principe de l'irrévocabilité des donations.

Nous avons examiné jusqu'à présent la jurisprudence au point de vue théorique seulement ; nous allons maintenant l'examiner au point de vue du droit positif français. Revenons à l'arrêt de la Cour de Paris. Nous avons vu que, dans cet arrêt, la Cour après avoir posé en principe que la capacité en général et la prohibition de

l'article 1034 italien en spécial rentrent dans le statut personnel, et doivent être régies par la loi nationale de l'intéressé conformément à l'article 3 § 3 du Code civil français, établit une restriction au principe quand il s'agit d'immeubles, dans les termes suivants : « qu'en ce qui touche les immeubles, l'article 3 § 2 du Code civil français édicte, par exception, que les immeubles, même ceux possédés par des étrangers, sont régis par la loi française. » Ainsi, la Cour de Paris interprète l'article 3, § 2, dans le sens que, lorsqu'un étranger possède des immeubles en France, c'est la loi française qui régit sa capacité de disposer à titre gratuit et non sa loi nationale. Cette interprétation serait, d'après certains auteurs (Aubry et Rau, t. I, note 8) et la jurisprudence, obligatoire en présence des termes de l'article 3 du Code civil qui, à leur avis, consacre la doctrine traditionnelle des statuts.

Si l'on examine la doctrine des anciens auteurs, il est vrai de dire, ainsi que nous l'avons indiqué, qu'ils étaient portés à voir dans toute disposition touchant aux immeubles un statut réel ; mais cette extension s'explique par le régime féodal qui reposait sur la possession du sol, l'homme n'étant considéré que comme accessoire de la terre. Les statutaires partaient tous du principe que les coutumes sont réelles et, ne pouvant pas nier l'existence d'un statut personnel, ils s'efforçaient par tous les moyens possibles de réduire les dispositions qui devaient y rentrer au minimum ; c'est ainsi qu'ils enseignaient que la capacité de disposer à titre gratuit des immeubles devait être régie par la *lex rei sitae* et c'est en se basant sur cette solution traditionnelle que la jurisprudence applique la loi de la situation en matière immobilière. Mais la tradition invoquée n'était pas intangible surtout dans le dernier état de

la doctrine des statutaires. La doctrine statutaire du XVIII^e siècle accuse, ainsi que le dit M. Weiss (1) « un souci incessant d'élargir le domaine des lois personnelles, de restreindre celui de la territorialité » ; aussi trouvons-nous des auteurs qui n'appliquent pas la loi territoriale à la capacité de disposer des immeubles. A côté de Boullenois qui refuse tout effet extra-territorial au statut de la capacité de disposer par testament, nous trouvons Froland qui enseigne que les dispositions des coutumes touchant l'âge requis pour tester valablement ne rentrent pas dans le statut réel et que le testateur est soumis à ce point de vue à la coutume de son domicile. La tradition n'est donc pas si intangible que la jurisprudence soit à tout jamais enchaînée par les solutions qui triomphaient dans l'ancien droit, surtout si l'on remarque que la personnalité du statut des donations entre époux a été défendue par des auteurs remarquables et cela dès l'éclosion de la théorie des statuts ; le président Bouhier, malgré la jurisprudence du parlement qui admettait la réalité, ne soutient-il pas la personnalité du même statut ? S'il est vrai que la tendance de l'école du XVIII^e siècle était d'étendre le domaine des lois personnelles, il nous semble que la jurisprudence, en s'inspirant dans ses décisions des mêmes idées, ne serait pas en dehors de la tradition ; tandis que, en déclarant, ainsi qu'elle l'a fait toutes les fois qu'elle en a eu l'occasion, que les lois qui prohibent certains modes de disposer ou restreignent la faculté de disposer rentrent dans le statut réel, elle revient pour ainsi dire au réalisme outré de d'Argentré. Puis cette interprétation ne se heurte-t-elle pas à l'article 3, § 3 du Code civil qui, en déclarant que l'état

(1) Weiss, *Dr. int. privé*, 2^e édit., p. 228.

et la capacité des Français résidant à l'étranger sont régis par la loi française, reconnaît implicitement que l'état et la capacité des étrangers résidant en France dépendent de leur loi nationale.

Nous pensons avec MM. Weiss (1) et Despagnet que le paragraphe 2 de l'article 3 du Code civil français n'a pas la portée absolue que lui donne la jurisprudence ; il ne signifie pas que les immeubles possédés en France par des étrangers sont régis à tous les points de vue par la loi française, mais que la condition juridique des immeubles, le régime de la propriété foncière dépend uniquement de la loi française. « Ce texte, dit M. Weiss (2) n'a pas, ne peut pas avoir la portée extensive que les auteurs néo-statutaires lui prêtent ; il ne signifie pas que tout ce qui a trait aux immeubles d'une manière quelconque, que tout ce qui concerne leur acquisition et leur transmission est du ressort de la *lex rei sitæ* ; il réserve seulement l'application de la loi française dans tous les cas où l'intérêt public pourrait se trouver compromis par l'application d'une loi étrangère : il a voulu maintenir et défendre le régime de la propriété foncière tel qu'il est sorti des lois de la Révolution contre tout retour offensif dans le passé. »

Si l'on prenait à la lettre la formule employée par la Cour de Paris, formule aussi générale que possible, puisque la Cour, après avoir déclaré que l'état et la capacité des étrangers sont régis en France par leur loi nationale, ajoute que cette règle souffre exception quant aux immeubles, il fau-

(1) A. Weiss, 2^e édit., p. 270 et suiv. et p. 280 ; Despagnet, 2^e édit., p. 161 et suiv. V. aussi, Pillet, note citée ; Durand, *Essai de droit int. privé*, p. 251.

(2) A. Weiss, Note sous cassation 8 mai 1894, *Pandectes françaises*, V. p. 17. — V. Despagnet, *Revue critique*, 1884, t. 13, p. 501.

draît conclure que la capacité d'aliéner ou d'acquérir un immeuble français est régie uniquement par la loi française. Cette conséquence, logique pourtant, est repoussée par la jurisprudence, qui malgré son attachement à la réalité, décide qu'à certains égards, notamment en matière de capacité, les immeubles français échappent à l'application de la *lex rei sitae* (1).

La Cour, en reconnaissant que la prohibition de l'article 1054 du Code civil italien vise l'état et la capacité des personnes devait lui accorder son plein effet en France du moment que son application ne contrariait pas l'ordre public ; quand il s'agit de trancher une question de capacité, il n'y a pas lieu de distinguer entre les meubles et les immeubles. Les lois d'état et de capacité et les lois de protection individuelle ne peuvent atteindre le but social qu'elles poursuivent que si on leur reconnaît le caractère d'extra-territorialité ; ce n'est qu'à ce titre que la protection peut être efficace. Comment distinguer entre les meubles et les immeubles quand les individus ont autant besoin de protection à l'égard des uns et des autres ; dire que la capacité à l'égard des immeubles dépend de la loi territoriale, c'est faire varier la capacité d'un individu suivant les lois des pays où ses biens sont situés, c'est le reconnaître à la fois capable et incapable, c'est nier même l'existence d'un statut personnel. Pour tous ces motifs, nous croyons que la

(1) Cass., 19 avril 1852, S. 1852. I. 801. Par cet arrêt, la Cour suprême déclare que l'article 1595 qui prohibe les ventes entre époux dépend de leur statut personnel ; en conséquence la Cour décide que les ventes faites par un époux français à sa femme, de ses biens situés en pays étrangers, sont nulles comme contraires à la loi française qui régit leur capacité. V. Paris, 8 février 1883, S. 1883. II. 169 ; trib. Seine, 8 avril 1875, *Clunet*, 1876, p. 106 ; trib. Seine, 21 juillet 1883, *Clunet*, 1884, p. 405 ; Paris, 7 août 1883, *Clunet*, 1884, p. 192.

Cour de Paris a donné une solution contradictoire en déclarant que la prohibition des donations entre époux, bien que rentrant dans le statut personnel, ne peut pas produire effet à l'égard des immeubles situés en France ; nous ajoutons que sa jurisprudence n'est pas justifiée, même dans l'état actuel du droit positif français (1).

Nous avons vu plus haut que la loi française, pour garantir la liberté des époux, déclare que les donations qui interviennent entre eux durant le mariage sont essentiellement révocables ; mais en ce qui concerne l'exercice de ce droit de révocation dont le mari pouvait user à son gré, il n'en aurait pas été de même pour la femme, si elle avait été obligée de demander l'autorisation de celui-ci ou à son défaut celle de justice. Pour remédier à cet inconvénient, le deuxième alinéa de l'article 1096 du Code civil français décide que la révocation pourra être faite par la femme, sans qu'il soit besoin pour elle d'être autorisée par le mari ou par la justice ; cette extension de la capacité de la femme mariée quant à l'exercice du droit de révocation a été donc édictée dans un but de protection particulière pour elle. Cette disposition rentre donc, personne ne le conteste, dans son statut personnel et comme en principe la femme en se mariant suit la nationalité de son mari, la question de savoir si elle a pu révoquer la dona-

(1) V. A. Weiss, Note sous cassation, 8 mai 1894, *Pandectes franç.*, V, p. 17 ; Pillet, Note sous Paris, 27 mai 1892, Sirey, 1896. II. 73 ; Surville, *Revue critique*, 1895, t. 24, p. 74 ; Chausse, *Revue critique*, 1892, t. 21, p. 293 ; De Loynes, note, Dalloz, 1892. II. p. 553, sous Paris, 27 mai 1892 ; Calixte, thèse de doctorat, Paris, 1895, p. 164 et 165 ; Comp. Maurice Moutier, *Gazette des tribunaux*, du 17 juin 1892, *De la loi applicable aux étrangers en France quant à la capacité de disposer à titre gratuit*.

tion sans autorisation dépendra de la loi nationale des époux, c'est-à-dire de la loi du mari.

Mais il pourrait arriver que le mari et la femme n'aient pas la même nationalité et que les dispositions de leurs lois nationales soient contradictoires sur ce point. A quelle loi faudra-t-il alors donner la préférence ? M. Rolin (*Principes de Dr. int. privé*, t. II, p. 454, n° 877) estime qu'il faut appliquer la loi nationale du mari, parce que c'est cette loi qui doit régir les effets du mariage quant aux rapports personnels entre époux. Nous ne le croyons pas. Il ne s'agit pas, en effet, d'une disposition qui, comme l'incapacité de la femme mariée, par exemple, est établie non pas tant dans l'intérêt de l'incapable que dans l'intérêt de la famille que le mariage va fonder ; il s'agit, au contraire, d'une disposition qui a pour but la protection particulière de la femme mariée, qui veut précisément que le mari ne puisse pas entraver le droit de révocation que la loi accorde à sa femme. Si cela est, il nous semble qu'on ne peut pas, en raison, déclarer applicable la loi nationale du mari ; c'est la loi nationale de la femme qui est seule compétente, parce que c'est à elle qu'incombe le soin de la protéger ; aussi croyons-nous qu'une femme de nationalité française pourra révoquer valablement et sans autorisation la donation par elle faite à son mari, alors même que la loi nationale du mari déciderait le contraire.

§ 5. — De la prohibition des donations mutuelles par un seul et même acte. Loi compétente en cas de conflit.

Une disposition strictement liée au principe de la révocabilité des donations entre époux est celle de l'article 1097 ainsi conçu : « Les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire, ni par acte entre vifs, ni par testament, aucune

donation mutuelle et réciproque par un seul et même acte. » Cette disposition peut être rapprochée de celle de l'article 968 qui prohibe les testaments conjonctifs. Les auteurs traitent d'habitude ces deux questions en même temps en leur donnant la même solution. Nous nous occuperons spécialement de la disposition de l'article 1097 qui nous intéresse particulièrement ; mais nous reconnaissons que les deux questions se touchent et qu'elles ne peuvent pas être résolues différemment.

Quelle est la portée de la prohibition de l'article 1097 du code civil français en droit international privé ?

Certains auteurs (1) considèrent la question de savoir si les donations mutuelles par le même acte sont permises entre époux comme une question touchant à la forme des actes ; en conséquence, ils la régissent par la maxime *locus regit actum* et décident que deux époux français peuvent, malgré la prohibition de l'article 1097, se faire une donation mutuelle si elle est autorisée par la *lex loci actus*.

La jurisprudence est en ce sens. La Cour de Toulouse (2) a décidé que le testament conjonctif et mutuel fait par deux époux français en Espagne conformément à la loi espagnole est valable, parce que la disposition de l'article 1097 tient à la forme des actes et que, d'après la maxime *locus regit actum*, les actes sont valables quand ils ont été reçus dans les formes prescrites par la loi du pays où ils ont été passés. Cette opinion est repoussée par la majorité

(1) Aubry et Rau, t. VII, p. 401, § 688 ; Demolombe, t. 21, n^{os} 20 et 476 ; Merlin, *Répertoire*, V^o Testament conjonctif ; Cfr. Rolin, *Dr. int. privé*, t. II, n^o 835, p. 410 ; Weiss, 2^e édit., p. 711.

(2) Toulouse, 11 mai 1850, Sirey, 1850. II. 529, Dalloz, 1852. II. 64 ; V. aussi Caen, 22 mai 1850, S. 1852. II. 566, D. 1853. II. 171., Cfr. Pau, 13 décembre 1836, D. 1838. II. 86.

des auteurs et nous pensons que c'est avec raison, car si l'on examine la disposition de l'article 1097 on acquiert la conviction qu'il ne contient pas une simple règle de forme.

En effet, si l'on consulte les travaux préparatoires, on voit que le législateur, en prohibant les donations mutuelles entre époux, était conduit par les mêmes motifs qui le faisaient édicter la révocabilité des donations entre époux. Il voulait garantir la libre expression de la volonté des époux (1). Nous citerons encore une fois Bigot-Préameneu, parce que le passage que nous avons déjà reproduit à propos de la révocabilité touche aussi à notre question. « On ne pourra plus douter, dit Bigot-Préameneu, que les donations ne soient l'effet d'un consentement libre, et qu'il ne faut les attribuer ni à la subordination, ni à une affection momentanée et inconsidérée, quand la femme n'aura besoin pour cette révocation d'aucune autorisation ; *quand pour rendre cette révocation plus libre encore, et pour qu'on ne puisse pas argumenter de l'indivisibilité des dispositions du même acte, il est réglé que les époux ne pourront, pendant le mariage, se faire, par un seul et même acte, aucune donation mutuelle et réciproque.* » La dernière partie du passage cité prouve jusqu'à l'évidence, croyons-nous, le lien intime qui existait dans la pensée du législateur entre la prohibition des donations mutuelles et le principe de révocabilité ; la prohibition de l'article 1097 apparaît donc comme une conséquence du principe énoncé dans l'article 1096. La loi, désirant sauvegarder le principe de

(1) Pothier et Troplong donnent la même raison pour la prohibition des testaments conjonctifs. La loi a voulu assurer la liberté des testateurs, afin qu'ils ne soient pas exposés aux suggestions de la personne avec laquelle ils feraient conjointement leur testament (Ordonnance de 1735).

révocabilité qu'il considère comme essentiel pour les donations entre époux durant le mariage, a prohibé les donations mutuelles qui dans sa pensée auraient pu porter atteinte à ce principe. Or nous avons vu que la révocabilité des donations entre époux est avant tout une loi de protection individuelle qui dépend de la loi nationale du donateur ; la prohibition des donations mutuelles, étant inspirée par les mêmes motifs que le principe de révocabilité et poursuivant le même but social, doit rentrer sous la même règle que le principe lui-même et par conséquent doit dépendre de la loi nationale du donateur. Nous croyons donc que la prohibition de l'article 1097 suit les Français à l'étranger et qu'une donation mutuelle faite par des époux français à l'étranger sera toujours nulle quelle que soit la *lex loci actus* (1).

De nos jours la plupart des auteurs pensent que la question de savoir si les donations conjonctives sont autorisées entre époux, dépend de leur statut personnel (2), car les

(1) Les auteurs qui se prononcent pour l'application de la *lex loci actus* objectent, à la vérité, du moins en ce qui concerne l'article 968 du Code civil français, que la loi même le considère comme une règle de forme puisqu'il est placé dans la section intitulée : « Des règles sur la forme des testaments. » Cet argument n'est pas décisif, à notre avis, car, ainsi que le dit Laurent (*Droit civil*, t. XIII, p. 152), la place que l'article 968 occupe ne signifie pas qu'il soit relatif à une formalité proprement dite, en tant que la classification du Code n'est pas une loi et ne décide rien.

(2) V. Bertauld, *Questions*, t. I, n° 154, p. 121 ; Marcadé, t. IV, art. 993, n° 3, p. 63 et suiv. ; Demangeat sur Fœlix, t. I, p. 175 ; Despagne, *op. cit.*, n° 337, p. 355 ; Surville et Arthuys, *Dr. int. priv.*, n° 193, pp. 122 et 123 ; Audinet, *Dr. int. privé*, p. 266 ; Baudry-Lacantinerie et M. Colin, *Donations et testaments*, t. II, n° 1855, p. 21 ; Brocher, *Cours de Dr. int. privé*, t. II, pp. 34 et 35 ; Duguitt, *Des conflits de législations relatives à la forme des actes civils*, p. 115 ; Calixte, Thèse 1895, p. 177 et suiv. Comp. Laurent, *Droit civil*, t. XIII, n° 145,

règles qui restreignent le droit des époux de se faire des donations mutuelles, ainsi que le fait l'article 1097, ont pour but de garantir la liberté réciproque des époux et leur droit de révocation. Laurent critique donc à tort M. Brocher (1) qui déclare que la disposition de l'article 1097 rentre dans le statut personnel des époux. Voici ce qu'il dit (2) : « Comme M. Brocher entend par statut personnel celui qui règle l'état et la capacité ou l'incapacité des personnes, il en conclut sans doute que la disposition de l'article 1097 tient à l'état des époux, d'où résulterait une incapacité de disposer par testament ou par donation conjonctifs. Mais le texte même du Code contredit cette explication ; il n'établit aucune incapacité de disposer entre époux ; ils sont, au contraire, capables ; ils peuvent se faire des libéralités par testament, sans restriction aucune, quand ils le font par actes séparés ; ils peuvent encore se donner entre vifs, seulement la donation sera révocable, et, à raison de cette révocabilité elle ne peut être conjonctive. C'est donc uniquement à raison de la révocabilité de la disposition que le Code civil défend de la faire par un seul acte. Qu'est-ce que cela a de commun avec la capacité des époux ? »

Cette objection ne nous semble pas fondée. Que la disposition de l'article 1097 ne soit ce qu'on est convenu d'appeler une loi d'état et de capacité, nous le concédons ; mais qu'elle ne rentre pas dans le statut personnel, nous nous refusons à l'admettre. En effet, quelles sont les lois

p. 152, t. XV, n° 323, p. 357 et *Dr. civil international*, t. VI, p. 535 et suiv.

(1) Brocher, *Traité de dr. int. privé*, n° 103, p. 271 et *Cours de dr. int. privé*, pp. 59 et 60.

(2) Laurent, *Droit civil international*, t. VI, n° 316, p. 538.

qui rentrent dans le statut personnel ? Nous avons répondu à cette question dès le commencement de notre étude et nous avons dit que toutes les lois de protection individuelle quelles qu'elles soient (lois d'état et de capacité ou autres) rentrent dans le statut personnel, parce que ces lois, pour atteindre le but social qu'elles poursuivent, doivent être considérées, dans les rapports internationaux, comme extra-territoriales. Or, nous avons démontré que la disposition de l'article 1097 est une loi de protection individuelle au premier chef et en conséquence nous avons conclu qu'elle dépend du statut personnel du donateur.

A la vérité, Laurent soutient que notre disposition est une dérogation à l'autonomie qui appartient au testateur, en ce sens, dit-il, que les deux testateurs doivent faire leurs dispositions par actes séparés, au lieu de les faire par un seul et même acte ; or, dit-il, il n'y a pas de statut personnel dans une restriction apportée à l'autonomie et par conséquent la disposition de l'article 1097 doit dépendre de l'autonomie (1). Si la première proposition est incontestable, la seconde, au contraire, nous semble critiquable. En effet, comment une disposition pourrait-elle dépendre de l'autonomie, c'est-à-dire de la volonté quand justement la loi restreint cette volonté, lui défend de faire un certain acte. Si la disposition de l'article 1097 était une loi facultative ou interprétative, nous comprendrions qu'on fasse intervenir la volonté (l'autonomie), car les lois de cette nature ne s'imposent pas, on est libre d'y contrevenir. Or, tout le monde reconnaît que la disposition de l'article 1097 est une loi obligatoire ; que si l'on fait une donation mutuelle au mépris de la loi, l'acte est entaché de nullité.

(1) Laurent, *loc. cit.*, p. 537.

Si donc notre disposition ne peut pas dépendre de la volonté des parties dans l'ordre national, elle ne le peut pas non plus dans l'ordre international ; il ne peut être question d'autonomie quand il s'agit d'une disposition prohibitive aussi formelle que celle de l'article 1097.

De l'argumentation un peu indécise de Laurent, il résulte qu'il ne fait intervenir l'autonomie de la volonté que dans le but de donner un effet extra-territorial à l'article 1097 ; en effet, quand il s'agit de déterminer la loi compétente, il applique la loi nationale des parties ; ainsi, il déclare que deux époux français ne peuvent pas se faire une donation mutuelle en Espagne.

Si Laurent avait été conséquent, il aurait dû décider qu'en principe la question dépend de la loi choisie par les parties, qui sera le plus souvent leur loi nationale, il est vrai, mais qui pourrait fort bien être une loi étrangère. Dans ces conditions on peut se demander pourquoi Laurent repousse le statut personnel ? Pourquoi faire intervenir l'autonomie, si, quand il s'agit d'en tirer les conséquences, il n'en tient aucun compte ?

La prohibition de l'article 1097 peut faire naître une autre question. On peut se demander si la donation ou le testament conjonctifs faits par deux époux conformément à leur loi nationale pourra recevoir exécution en France ? L'article 2265 du Code civil allemand autorise le testament commun entre époux ; si deux époux allemands se font, conformément à l'article 2265 du Code civil allemand un testament commun, doit-il être considéré comme valable en France ? Nous le croyons valable (1).

En effet, la disposition de la loi allemande rentre, sans

(1) Surville et Arthuys, *loc. cit.*

conteste, dans le statut personnel des époux ; or, nous savons que le statut personnel suit l'individu partout et qu'il doit recevoir application dans les pays étrangers à moins que son application ne contrarie une règle d'ordre public. La loi française ne pourrait donc empêcher l'application de l'article 2263 du Code civil allemand, que si la disposition de l'article 1097 du Code civil français était une loi de garantie sociale ou d'ordre public international.

Quand nous avons examiné la nature de la prohibition de l'article 1097, nous avons dit que son but social est la protection individuelle ; incontestablement notre disposition est une loi d'ordre public pour les Français, en ce sens qu'ils ne peuvent pas l'éluder, qu'ils doivent la respecter, mais on ne peut pas dire qu'elle est une loi de garantie sociale, car le législateur en l'édicte n'avait pas en vue d'assurer le bon fonctionnement du corps social, mais de protéger les époux. On ne voit pas du reste en quoi l'application de la loi allemande pourrait troubler l'ordre social en France. On pourrait cependant soutenir que le législateur a prohibé les dispositions conjonctives afin de prévenir les contestations et les procès, ainsi que la diversité de jurisprudence et que par conséquent notre disposition touchant au bon fonctionnement de la justice serait de nature à empêcher l'application d'une loi étrangère.

Il paraît en effet que les considérations que nous venons de rapporter n'étaient pas tout à fait étrangères au législateur, car voici ce que dit Bigot-Préameneu (1) dans l'exposé des motifs à propos de l'article 968 : « Il fallait éviter de faire naître la diversité de jurisprudence qui avait lieu

(1) Fenet, t. XII, p. 553.

sur la question de savoir si, après le décès de l'un des testateurs, le testament pouvait être révoqué par le survivant. Permettre de le révoquer, c'est violer la foi de la réciprocité. Le déclarer irrévocable, c'est changer la nature du testament qui, dans ce cas, n'est plus réellement un acte de dernière volonté. Il fallait interdire une forme incompatible, soit avec la bonne foi, soit avec la nature des testaments. » Ainsi il est vrai que le législateur redoutait la diversité de jurisprudence et les complications qui pouvaient résulter du caractère mixte d'un testament conjonctif, mais en le prohibant, nous le voyons clairement dans la seconde partie du passage que nous venons de citer, le législateur se préoccupait moins de diminuer le nombre des procès (1), de réduire la tâche des tribunaux, que d'assurer le principe de la révocabilité des testaments qu'il considère comme essentiel. Or le principe de révocabilité n'est pas une loi de garantie sociale, il est destiné seulement à garantir la liberté des testateurs ; c'est pourquoi nous croyons que la loi française ne doit pas empêcher l'application d'une loi étrangère qui autoriserait les donations ou les testaments conjonctifs entre époux.

La Cour de Toulouse dans son arrêt du 11 mai 1850 reconnaît bien que la prohibition des dispositions conjonctives n'est pas d'ordre public international, mais elle fait de ce principe une fausse application. En effet elle dit que dans le cas même où l'on déciderait que la prohibition des articles 968 et 1097 n'est pas purement relative à la forme de l'acte, elle n'intéresse pas assez directement l'ordre public pour que des époux français dussent s'y soumettre dans un pays étranger où elle n'est pas ad-

(1) *Contra*, Laurent, *Dr. civil international*, t. VI, p. 541 et *Dr. civil*, t. XIII, p. 153.

mise, sous peine de voir annuler, par les tribunaux français, le testament qu'ils ont fait loyalement sous la foi d'un officier public. La proposition de la Cour serait exacte s'il s'agissait d'époux étrangers, car, ainsi que nous l'avons soutenu, la prohibition des dispositions conjonctives entre époux n'est pas une loi intéressant la société française en tant que corps social et par conséquent elle ne s'impose pas au respect des étrangers ; mais il n'en est pas de même à l'égard des Français, car ils sont tenus de respecter non seulement les lois de garantie sociale, mais toutes les dispositions auxquelles la loi française leur défend de contrevenir, alors même qu'elles ne seraient édictées que dans leur propre intérêt. Ainsi les dispositions du Code français sur la minorité n'intéressent pas assez directement l'ordre public en France pour qu'elles s'imposent aux étrangers, mais il n'en est pas moins vrai que les Français doivent les respecter, qu'ils contractent en France ou en pays étrangers.

Nous trouvons une juste application des idées que nous avons soutenues dans un arrêt du tribunal suprême de l'Empire d'Allemagne du 24 avril 1894 (S. 1895, IV, 12). Le tribunal (1), après avoir dit que la prohibition de l'article 968 du Code civil français (en vigueur dans le Grand-Duché de Bade), ne touche pas essentiellement à la forme des actes, déclare qu'elle n'est pas une disposition d'ordre public au sens de l'article 6 du Code civil français et que par conséquent elle ne s'applique pas au cas d'un testament conjonctif fait dans le grand-duché de Bade par des étrangers dont la loi nationale autorise les testaments conjonctifs. Bien que le cas ne se soit pas présenté, nous

(1) Rapp. Cass. Florence, 12 novembre 1877, Sirey, 1899. IV. 5 ; Tribunal Cologne, 1^{er} mars 1881, *Clunet*, 1882, p. 361.

croyons que la solution donnée par le tribunal de l'Empire d'Allemagne, ne triompherait pas dans le système de la jurisprudence française, si l'on considère, d'un côté, que la jurisprudence voit dans la prohibition des articles 968 et 1097 une question purement de forme, de l'autre, que, toujours d'après elle, la règle *locus regit actum* est obligatoire, ce qui veut dire qu'un acte fait par des étrangers conformément à leur loi nationale, mais contrairement à la loi locale, est nul.

§ 6. — De l'influence du changement de nationalité en matière de donations entre époux.

Une question discutée par les auteurs est celle de savoir quelle influence peut exercer l'acquisition d'une nationalité nouvelle par les époux sur la validité et les effets des donations qu'ils se sont faites sous l'empire d'une autre loi ?

Ainsi, supposons une donation faite par un époux de nationalité française à son conjoint, cette donation, conformément à la loi nationale des époux, est valable et révocable. Si plus tard les époux se font naturaliser italiens, la donation continuera-t-elle à être valable ou bien, conformément à la loi italienne, doit-on la considérer comme nulle ?

Si, dans la même hypothèse, les époux au lieu de se faire naturaliser italiens se font naturaliser autrichiens, il y aurait lieu de se demander si l'époux donateur pourra jouir encore du droit de révocation ou bien s'il ne faut pas considérer la donation comme irrévocable en appliquant la loi autrichienne ?

Nous avons vu que les questions de validité et de révocabilité des donations entre époux dépendent de leur sta-

tut personnel ; or, si les époux acquièrent une nationalité nouvelle, par là même ils acquièrent un nouveau statut personnel qui régira désormais leurs rapports personnels de même que leur état et leur capacité ; c'est-à-dire qu'ils seront à l'avenir régis, quant à la capacité de se donner durant le mariage et quant à la révocabilité de la donation, par leur nouvelle loi nationale. Mais pour apprécier la validité des donations faites antérieurement au changement de nationalité, faudra-t-il envisager leur capacité suivant leur nouveau statut personnel, ou bien faudra-t-il s'en tenir au statut personnel des époux au moment de la donation ?

Nous croyons qu'il faut appliquer la loi nationale que les époux avaient au moment de la donation pour savoir si cette donation est valable ou révocable. En effet la donation entre époux est un contrat ; comme tout contrat, la donation est valable par le concours du consentement des deux époux, à condition qu'ils aient la capacité requise. Or, à quel moment doit-on apprécier la capacité des contractants ? Sans doute, au moment même où le contrat devient parfait par le concours des volontés. Nous pensons que les mêmes règles doivent s'appliquer au droit international privé ; par conséquent, quand il s'agira de savoir si une donation intervenue entre deux époux est valable, il faudra se demander si, au moment où la donation est intervenue, ils avaient la capacité requise ; or à quelle loi doit-on demander la solution de cette question, sinon à la loi qui régissait leur capacité au moment du contrat ? Par conséquent, pour savoir si une donation entre époux est valable ou nulle, il faudra uniquement consulter la loi nationale des époux au moment de la donation, parce que c'est cette loi qui régissait alors leur capacité

et ce que nous disons de la capacité s'applique aussi à la révocabilité puisqu'elle dépend du statut personnel des époux. Par conséquent la donation intervenue entre deux époux français sera toujours valable et révocable quelles que soient les dispositions de leur nouvelle loi nationale ; de même, la donation intervenue entre deux époux autrichiens sera toujours irrévocable, même s'ils se font naturaliser français. Fœlix, qui envisage la dernière hypothèse, déclare aussi qu'une donation irrévocable dès le principe ne deviendra pas révocable si les époux se font naturaliser en France (4) : « Lorsque, dit-il, la loi du lieu où le contrat a été passé autorise les parties ou l'une d'elles à le changer, modifier ou résilier, cette faculté leur doit être reconnue par les tribunaux d'un autre pays, devant lesquels la convention peut être portée ; les contractants sont censés, en traitant sous l'empire d'une loi, en adopter toutes les dispositions relatives à la mutabilité ou l'immutabilité de leurs conventions. Ainsi, la donation entre époux, immuable d'après la loi du pays où elle a été passée, ne saurait être révoquée par l'un d'eux, lorsque par leur naturalisation en France, ils se trouvent soumis à l'article 1096 du Code civil français. » C'est à ce passage que nous faisons allusion quand nous disons plus haut que Fœlix fait dépendre la révocabilité des donations entre époux de l'autonomie de la volonté ; nous avons déjà démontré qu'il ne peut être question de la volonté des parties quand il s'agit d'une disposition comme la révocabilité qui restreint justement cette volonté ; c'est pourquoi, tout en reconnaissant la solution exacte, nous ne pouvons souscrire aux arguments de Fœlix.

(4) Fœlix, *op. cit.*, I, p. 246 et 247.

A côté des arguments que nous avons exposés en faveur de la loi nationale qui régissait les époux au moment de la donation, il en existe un autre tiré du principe que l'acquisition d'une nationalité nouvelle ne peut porter aucune atteinte aux droits acquis. « Le Français, dit M. Weiss (1), qui change de patrie et se place ainsi sous l'empire d'une législation étrangère, se trouve, au regard de ceux qui ont entretenu autrefois avec lui des relations de droit, dans une situation analogue à celle que fait en France la promulgation d'une loi nouvelle aux personnes qui ont acquis des droits sous le régime légal antérieur. Obligatoire pour l'avenir, cette loi respecte tous les actes régulièrement intervenus avant sa mise en vigueur, les droits acquis sont à l'abri de ses atteintes. Ainsi le veut le principe de la non-rétroactivité des lois. » Ainsi le changement de nationalité n'étant pas rétroactif ne peut avoir effet sur les droits acquis par un époux en vertu d'un contrat de donation passé sous l'empire de l'ancienne législation (2); par conséquent, une donation irrévocable dès le principe gardera toujours ce caractère; sinon on porterait atteinte aux droits de l'époux donataire (3). Cette

(1) Weiss, *Dr. int. privé*, 2^e édit., p. 292.

(2) Despagnet, *Dr. int. privé*, 2^e édit., p. 436, n^o 420.

(3) Laurent, *Dr. civil international*, t. VI, p. 497 et 498, n^o 293; Rolin, *Dr. int. privé*, t. II, p. 456, n^o 879; Calixte, thèse 1895, p. 168 et 169. La jurisprudence française admet en principe que le changement de nationalité ou de domicile n'atteint pas le régime adopté par les époux. Cass., 30 janvier 1854, D. 1854.I.268; Cass., 18 août 1873, D. 1874. I. 258; Cass., 12 juin 1874, D. 1875. I. 334. Comp. Cass., 14 juillet 1863, D. 1863. I. 411; Chambéry, 26 juin 1869, D. 1869. II. 154. Demangeat (Demangeat sur Fœlix, t. II, p. 247, note a) soutient que, du moment que deux époux ont acquis la nationalité française, la loi française est devenue leur loi personnelle et dès lors les donations intervenues entre eux sont soumises à l'article 1896 du Code civil fran-

opinion se recommande aussi par une raison d'équité : on ne peut pas permettre au mari de changer les effets des conventions intervenues entre lui et sa femme, en se faisait naturaliser à l'étranger ; de plus, alors même que les deux époux seraient d'accord pour changer de nationalité, il faudrait sauvegarder les droits des tiers.

gais et par conséquent révocables.

Dans l'ancien droit, les auteurs qui se prononçaient pour la personnalité des donations entre époux envisageaient aussi l'influence que le changement de domicile pouvait avoir en cette matière, car le statut personnel des époux changeait avec le domicile. Le président Bouhier se prononce pour la loi matrimoniale et Boullenois (*Traité de la réalité et de la personnalité*, observation XXV, p. 101, t. II) reconnaît que ce parti préviendrait de grandes difficultés. En effet, l'opinion de Bouhier avait l'avantage d'empêcher que les droits des conjoints soient exposés à mille variations provenant soit d'un changement de domicile, soit d'acquisitions faites sur le territoire de différentes coutumes. Ricard, en matière de dons mutuels, donne compétence à la loi du domicile au jour de la donation.

Vu :

Le Président de la thèse,
PILLET.

Vu :

Le Doyen,
GLASSON.

Vu et permis d'imprimer :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
GRÉARD.

TABLE DES MATIÈRES

	Pages
INTRODUCTION	
CHAPITRE I. — De la capacité de donner et de recevoir entre vifs.	19
§ 1 ^{er} . — De l'incapacité de donner des personnes en état d'insanité d'esprit.	22
§ 2. — De l'incapacité des mineurs.	27
§ 3. — De l'incapacité de la femme mariée.	28
§ 4. — Des incapacités qualifiées relatives	29
I. — De l'incapacité de donner du mineur vis-à-vis de son tuteur	31
II. — De l'incapacité de donner des malades à l'égard des médecins ou ministres du culte	33
III. — De l'incapacité de donner des père et mère à l'égard de leurs enfants naturels	36
§ 5. — De l'incapacité de recevoir des personnes non conçues.	43
§ 6. — De l'incapacité de recevoir des personnes de mainmorte.	47
§ 7. — De l'incapacité de donner et de recevoir des condamnés à une peine afflictive perpétuelle.	47
CHAPITRE II. — De la forme des donations.	55
§ 1 ^{er} . — De la règle <i>locus regit actum</i> et de son caractère	55
§ 2. — Application de la règle <i>locus regit actum</i> aux contrats solennels, spécialement à la donation.	57
§ 3. — La règle <i>locus regit actum</i> est-elle impérative ou facultative.	65
§ 4. — Du don manuel	75
CHAPITRE III. — De la règle « donner et retenir ne vaut » et de ses principales applications.	93
§ 1 ^{er} . — Notions sur le principe de l'irrévocabilité des donations entre vifs et sur les conflits de lois qui peuvent naître en cette matière.	93
§ 2. — Des règles qui régissent les contrats en droit international privé. — Exposé de la doctrine courante. — Restriction de l'autonomie de la volonté aux lois facultatives.	97
§ 3. — Application des principes à la solution des conflits de lois qui peuvent naître en matière d'irrévocabilité. — Réfu-	

tation de l'opinion qui fait prévaloir la loi du contrat. — Compétence de la loi nationale du donateur	107
§ 4. — Des principales applications de la règle « donner et retenir ne vaut ».	113
CHAPITRE IV. — Modalités des donations	122
§ 1 ^{er} . — Des conditions qui peuvent affecter une donation entre vifs.	122
§ 2. — Des conditions impossibles ou illicites envisagées au point de vue du droit international privé	123
§ 3. — Des donations à cause de mort. — Prohibition du Code civil français. — Compétence de la loi nationale du donateur.	132
CHAPITRE V. — Des causes de révocation des donations entre vifs.	141
§ 1 ^{er} . — Révocation pour cause d'inexécution des charges	143
§ 2. — De la révocation pour cause d'ingratitude.	148
§ 3. — De la révocation des donations pour cause de survenance d'enfants	155
CHAPITRE VI. — Des exceptions à la règle « donner et retenir ne vaut ». — Des donations faites par contrat de mariage et particulièrement de la donation des biens à venir ou institution contractuelle	166
§ 1 ^{er} . — De l'institution contractuelle dans l'ancien droit et dans le droit français actuel. — Nature de l'institution contractuelle	167
§ 2. — De la loi qui doit régir la capacité de disposer par institution contractuelle	173
§ 3. — De la présomption que l'institution contractuelle est faite subsidiairement en faveur des enfants à naître du mariage. — Loi compétente.	187
§ 4. — De l'irrévocabilité de l'institution contractuelle et de la loi compétente en cas de conflit.	193
§ 5. — De la caducité de l'institution contractuelle. — Loi compétente	197
CHAPITRE VII. — Des donations entre époux.	200
§ 1 ^{er} . — Notions historiques sur la prohibition des donations entre époux.	221
§ 2. — Des donations entre époux dans le Code civil français. —	

Principe de révocabilité. — Aperçu des dispositions de quelques lois étrangères	204
§ 3. — Opinions émises par les anciens auteurs sur la nature du statut qui permet ou défend les donations entre époux.	207
§ 4. — De la loi compétente pour régir, en cas de conflit, les questions relatives à la capacité et à la révocabilité. — Examen de la doctrine. — Critique de la jurisprudence française	224
§ 5. — De la prohibition des donations mutuelles par un seul et même acte.	250
§ 6. — De l'influence du changement de nationalité en matière de donations entre époux	260

Imp. J Thevenot, Saint-Dizier (Haute-Marne).
